



**Universidad
Zaragoza**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

Análisis del actual sistema de protección al menor en
situación de desamparo. El acogimiento

Autor: Paula Viñés Miguel

Director del TFG: Carlos Lalana del Castillo

Facultad: Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

Curso Académico: 2019-2020

ÍNDICE

1. Listado de abreviaturas utilizadas	3
2. Introducción.....	4
a) Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado.....	4
b) Razón de la elección del tema y justificación de su interés.....	4
c) Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	5
3. Desarrollo del Trabajo	7
a) El menor como sujeto de derechos. Patria potestad y su función.....	7
i. Evolución legislativa y contextualización de la normativa actual.....	9
ii. Interés superior del menor.....	10
b) Estado actual de la normativa aplicable.....	11
i. ¿A quién va dirigida?	11
ii. Nivel estatal	12
- Constitución Española.....	12
- Código Civil.....	13
- Leyes del menor.....	15
iii. Nivel autonómico. Aragón.....	16
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.	
iv. Nivel Internacional.....	17
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	17
c) Grado de desprotección del menor.....	17
i. Situación de riesgo.....	19
- Regulación.....	19
- Guarda administrativa.....	20
ii. Situación de desamparo	22
- Regulación.....	22
- Tutela legal.....	23
- Supuestos de desamparo.....	26

d) Instituciones jurídicas de protección del menor: Acogimiento.....	27
i. Acogimiento familiar	30
→ Tipos de acogimiento según el criterio de vinculación a la familia acogedora.....	30
- Acogimiento en familia extensa.....	30
- Acogimiento en familia ajena.....	32
*Procedimiento a seguir para ser Familia Acogedora en Aragón.....	32
→ Tipos de acogimiento según el criterio temporal y de intención.....	35
Acogimiento de urgencia.....	36
Acogimiento familiar temporal.....	37
Acogimiento permanente.....	37
ii. Acogimiento residencial	38
e) Situación general actual de los menores atendidos por el Sistema de Protección al Menor.....	40
i. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia.	
f) Procedimiento para la retirada de un menor. Artículo 778 ter LEC	46
i. Comentario a un caso concreto y experiencia.....	48
ii. Opinión Letrado de la Administración de Justicia.....	50
g) Conclusiones	53
h) Bibliografía utilizada.....	57
 4. Anexo	64
a) Entrevista a José Antonio Laguardia Hernando.....	64

1. Listado de abreviaturas utilizadas.

- Código Civil: CC
- **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil:**
LOPJM
- **Constitución Española:** CE
- **Ley de Enjuiciamiento Civil:** LEC
- ADCARA: Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón

2. INTRODUCCIÓN.

“No hay alta causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”¹.

a) **Cuestión** tratada en el Trabajo Fin de Grado.

En el presente trabajo voy a tratar de analizar de la mejor manera posible y utilizando los conocimientos y experiencia que he adquirido a lo largo de la carrera de Derecho, y de la realización de mis prácticas en los Juzgados de Zaragoza, algunos aspectos del actual Sistema de Protección al Menor, sobre todo en lo que hace referencia a aquellos menores que se encuentran en una situación de riesgo o desamparo. La cuestión central del estudio pasa por tanto por abordar temas tales como el *modus operandi* de la Administración de Justicia ante este tipo de situaciones, la forma en que se encuentran reguladas en la legislación vigente actual, y la problemática que surge, o que a mi parecer existe respecto a dicha realidad jurídica.

b) **Razón** de la elección del tema y **justificación** de su interés

La razón de que haya escogido precisamente esta temática para enfocar mi Trabajo Fin de Grado es algo curiosa, ya que dentro de que si me interesara, la asignatura de Derecho Civil nunca había sido de mis materias especialmente predilectas a lo largo de la carrera.

Fue durante la realización de mis prácticas en los Juzgados de Zaragoza, en el Juzgado de Primera Instancia nº 16, el cual es un Juzgado de Familia, junto a un letrado de la Administración de Justicia que viví en primera persona una experiencia relacionada con dos menores que acababan de ser declarados en situación de desamparo. En concreto, acompañe al Letrado de la Administración de Justicia a la ejecución del artículo 778 ter LEC, referido a la entrada domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores². Más adelante, dedicare un apartado específico del

¹ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de setiembre de 1990.

² Ley de Enjuiciamiento Civil. Se introducen modificaciones en la regulación de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular para la ejecución forzosa de medidas de protección de un menor. La competencia pasa de la jurisdicción contencioso-administrativa al Juzgado de Primera Instancia, siendo competente el del lugar donde radique el domicilio de la Entidad Pública solicitante.

trabajo a comentar este caso concreto, y aplicar algunas de las reflexiones realizadas en presente documento a dicha particular situación. Lo que si adelantare ahora, es que me impacto profundamente, e hizo que surgiera en mí un interés especial en relación a esta serie de desgraciadas circunstancias. Miles de menores se encuentran en nuestro país en pésimas condiciones, desatendidos de sus progenitores y pasando verdaderas desdichas. Vivimos en un Estado de Derecho, un Estado del bienestar, que se supone debe garantizar que todos y cada uno de nosotros contemos una defensa efectiva de nuestros derechos fundamentales, y podamos vivir dignamente. Dentro de esta protección del Estado se debe poner un doble interés, un esfuerzo aún mayor en la salvaguarda de estos derechos, cuando hablamos de sujetos de derechos especialmente vulnerables, como son los más pequeños. Ellos son sin lugar a dudas merecedores de este amparo, de esta especial protección, y de esta defensa de su interés superior.

Sin embargo, a pesar de la vital importancia de este tema, nunca me había parado a pensar detenidamente qué es lo que nuestra legislación contempla acerca de estos menores y cómo vela por su bienestar. Creo que existe un desconocimiento bastante amplio y generalizado entre la población acerca de qué mecanismos de actuación existen, y como podemos mejorarlos.

La realidad del abandono de menores, negligencia respecto a su cuidado, malos tratos, abusos, etc., es algo que siempre ha existido, y dado que es una realidad social, el derecho debe dar una respuesta clara y eficaz a la misma, para adaptarse a ella y tratar de paliar aquellas situaciones de tanta importancia.

Al final, es una cuestión de interés común, pues estos niños, menores ahora, serán en el futuro adultos y parte del sistema, y por tanto, recae en beneficio de la población española en su conjunto que estén integrados adecuadamente, para poder contribuir a la sociedad y construir entre todos una realidad social estable, avanzada y donde el respeto a los derechos de las personas sea bandera y orgullo de la totalidad de los españoles.

c) Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

En pos de una mejor comprensión del trabajo y un adecuado entendimiento de mi forma de trabajar, simplemente puntualizar la metodología que he seguido en la redacción de esta investigación. He utilizado diversas fuentes de información a partir de las cuales entender el ámbito de estudio, tales como algunos libros, artículos de revistas jurídicas,

etc., y por su puesto la legislación vigente actual. Con una mezcla de todo ello he tratado de exponer el tema principal, junto con algunas valoraciones al respecto.

3. DESARROLLO DEL TRABAJO

a) El **menor** como sujeto de derechos. **Patria potestad**³ y su función.

Antes de adentrarnos de lleno en la cuestión que nos ocupa, conviene puntualizar ciertos aspectos que, aunque a simple vista pueden parecer obvios o elementales, no viene mal recordar al inicio de este trabajo. Hay que tener en cuenta que ciertos sujetos de personalidad jurídica, como los menores o por ejemplo los incapacitados en general, se encuentran en una situación de vulnerabilidad concreta, y por ello merecen una protección especial⁴.

El ordenamiento jurídico ordena dicha protección, en primer lugar, tratando de adaptar el derecho natural al derecho positivo. ¿Y cómo lo hace? Otorgando a los progenitores la facultad de protección de sus hijos; el hombre tiene a cuidar de su prole, de sus descendientes. Esto es un reflejo muy claro de cómo el derecho es simplemente un reflejo de la vida, una forma de plasmar en la ley una realidad social que está viva y que forma parte de nosotros. Desde que se determina legalmente la filiación, automáticamente y sin necesidad de que nadie lo pida, opera por *ministerio legis*, es decir, porque así lo dice la ley, la atribución a los padres de la **patria potestad** sobre sus hijos. De esta manera lo expresa el **Código Civil (en adelante CC), en su artículo 154**⁵.

La patria potestad aparece regulada en los **artículos 154 al 171 CC**, y su actual redacción tiene origen en esencia en la famosa Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la cual ha sufrido diversas modificaciones más adelante,

³ Cabe puntualizar que en Aragón, dado nuestro derecho civil propio, fruto de la larga tradición histórica foral, existe lo que se conoce como “autoridad familiar” para regir las relaciones entre padres e hijos. Esta institución viene a sustituir el concepto de “patria potestad”, y se encuentra regulada en el Código Foral Aragonés, en su Libro I, relativo al Derecho de Familia, Título II referido a las relaciones entre ascendientes y descendientes, y más concretamente en el Capítulo II, dentro de lo que allí se describe como “Deber de crianza y Autoridad familiar”. Es el artículo 65 el que define el contenido exacto de la autoridad familiar.

⁴ Tal y como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

⁵ “Artículo 154 CC. Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. (...)”

aunque muy concretas⁶. Debemos saber que la patria potestad es parte de la categoría de lo que se conoce como “potestades familiares”. Dicho de otra forma, es un “derecho función”. Esto significa que no supone el otorgamiento a los padres de una acción unilateral en la cual el niño ocupa el rol de un objeto de derecho, sino que implica la asunción de un conjunto de derechos dados para cumplir una determinada función, y que vienen acompañados de unos determinados deberes.

El niño es sujeto de derechos, no objeto de posesión de sus padres. Además, me resulta muy curioso tener que señalar esta matización respecto a la concepción jurídica del niño, ya que me parece algo más que obvio. Hoy en día, a quien quiera que le preguntes, probablemente nadie dude de que los menores sean sujetos de derechos como tal, y es que es algo básico en una sociedad como la nuestra. Sin embargo, esto no siempre ha sido así, sino que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Hablando de este tema, Montón García ha apuntado que en los últimos años ha tenido lugar «una cada vez mayor concienciación de que los menores de edad deben ocupar un lugar en la sociedad, no como seres desvalidos que requieren permanentes cuidados y atenciones mientras se encuentren en semejante situación temporal, sino como personas que, aparte de esos cuidados y atención que es evidente precisan, deben ser objeto de un tratamiento jurídico adaptado a sus especiales circunstancias que les permitan ser tratados, en lo posible, en régimen de igualdad con los mayores en el ámbito de sus actuaciones sociales y jurídicas.»⁷

El deber de cuidar debidamente a los hijos es el que hace necesaria la atribución de ciertas facultades sin las cuales no podrían actuar ni llevar a cabo esa función de velar por ellos.

Esa patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio del hijo, y también respetando en todo momento su personalidad. Sin embargo, existen determinadas circunstancias en que los padres fracasan en su papel de educadores, en su rol de crianza y formación de los mismos. Esta mala ejecución de la función para la que está diseñada la patria potestad suele deberse a múltiples motivos, y puede expresarse a través de la

⁶ La última actualización fue publicada el 29 de noviembre de 2005.

⁷ Mar Montón García: Derechos y garantías de los menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Universidad Complutense, Madrid, 2003, págs. 28-29.

vulneración de derechos esenciales del niño, tales como el derecho a la vida⁸, el derecho a la libertad personal⁹, a la salud¹⁰, a la integridad sexual, a no ser maltratado, abusado ni explotado sexualmente¹¹. Toda esta serie de derechos aparecen reconocidos por la legislación estatal, y a su vez por normativa internacional de fundamental relevancia.

La ley lo sabe, sabe que estos casos de menores víctimas de vulneración de derechos no son algo inusual, y es por ello que la patria potestad esta a su vez sometida a vigilancia judicial, vigilancia por parte de las autoridades públicas, de la Administración, etc.

i) **Evolución legislativa** y contextualización de la normativa actual.

El Estado no permanece indiferente ante tales escenarios, y es por ello que el ordenamiento jurídico civil regula un conjunto de instituciones, que constituyen un entramado en si mismo en el que quedan cubiertas al menos formalmente todas las situaciones en las que teóricamente puede encontrarse el menor. En teoría el menor siempre va a estar bajo el paraguas de alguna institución.

Pero ¿qué es lo que ocurre? Sabemos que en muchas ocasiones, que un supuesto aparezca regulado no significa que a efectos prácticos este resuelto. Es por esto que en 1987 el legislador reflexiono acerca del asunto, y llegó a la conclusión de que a pesar de que el menor estuviera bajo una institución protectora, no implicaba que de hecho estuviera protegido. Y es esto lo que verdaderamente me interesa, la cara “útil” del derecho.

A este respecto es de vital importancia mencionar la llamada **Ley 21/1987, de 11 de noviembre**, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Esta ley introduce nuevos mecanismos funcionales que vienen a dar una protección real a ciertos casos de desprotección real,

⁸ Artículo 15 Constitución Española (en adelante CE). “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)”.

⁹ Artículo 17 CE. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. (...)”.

¹⁰ Artículo 43 CE. “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. (...)”.

¹¹ Artículos 9 y 19 de Convención de la ONU sobre los **Derechos del Niño**, de 20 de noviembre de 1989.

no institucional. Por ejemplo, supuso la configuración de la institución del desamparo, en reemplazo del concepto antiguo del abandono¹².

Más adelante, la legislación ha ido sufriendo diversas reformas; en 1996¹³, en 2005¹⁴, 2007¹⁵, y por último en 2015¹⁶. Toda esta serie de modificaciones legislativas no es sino un indicador más de que el legislador nunca está del todo satisfecho, nunca piensa que el menor se encuentre suficientemente protegido, y es por ello que la búsqueda de su interés superior es siempre la guía a la hora de configurar el sistema que lo ampara.

ii) Interés superior del menor.

Como sostiene el jurista italiano, defensor del garantismo jurídico, Luigi Ferrajoli, “el Derecho constituye una suerte de ley del más débil, ya que está orientado a preservar la justicia frente al abuso del poder o de la fuerza”¹⁷. Esta idea es muy interesante, ya que resume perfectamente la esencia del Estado de Derecho, y más aún del Estado Social de Derecho. Sabemos que desde que el mundo es mundo han existido personas más débiles y otras más fuertes, y en la ley de la jungla éstos últimos siempre van a ganar la batalla. Como no queremos que esto ocurra, creamos una serie de normas que regulen nuestra convivencia y protejan a aquellos que más lo necesitan. Nuestra constitución de 1978 es una buena muestra de ello¹⁸.

Es por esto, que en aras de llevar a buen puerto esa naturaleza protectora y de justicia, se tiene el principio de defensa del interés superior del menor como regidor de las

¹² Tal y como se desprende en la exposición de motivos 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya última modificación data del 29 de julio de 2015, este cambio “ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo”.

¹³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

¹⁴ Última modificación datada a fecha 29 de julio de 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, mencionada anteriormente.

¹⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

¹⁶ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁷ Luigi Ferrajoli: Derechos y garantías: la ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999.

¹⁸ Por ejemplo, De Esteban y López Guerra afirman que: «Junto a la característica más destacada del carácter social del Estado, es decir, la protección acordada específicamente a los trabajadores asalariados, la Constitución extiende tal protección especial a sectores sociales que, por diversas causas, se encuentran en una situación de desventaja o inferioridad fáctica [...] En esto la Constitución amplía el sentido en que entiende el Estado social, yendo más allá de la protección específicamente laboral» (Jorge de Esteban: y Luis López Guerra (et al.): El régimen constitucional español, Labor, Barcelona, 1984, p. 328).

políticas públicas, y como precepto clave a la hora de legislar en los distintos ámbitos del derecho, entre los que destaca en este trabajo la legislación civil.

De hecho, así lo defiende la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil** (en adelante, LOPJM), en su artículo 2, relativo al Interés superior del menor. “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado (...)”.

b) Estado actual de la normativa aplicable.

i) ¿A quién va dirigida exactamente?

No es completamente descabellado hacerse esta pregunta, y es que nuestro texto constitucional no recoge explícitamente un apartado concreto en que se hable de los menores, sino que en su artículo 39 se refiere únicamente de la protección de la familia y la infancia.

Tal y como apunta DE PABLO CONTRERAS¹⁹, este artículo es la base constitucional de la protección de los menores. Señala que en su apartado segundo incluye la intervención de la Administración, y también de la Justicia precisamente en el ámbito de la protección del menor. Añade a su vez que el punto tercero de referido artículo es muy interesante, y es que nos habla de la patria potestad y de aquello que integra el contenido más personal de esta institución. No es incompatible demás con que existan otras instituciones de protección al menor, como podría ser por ejemplo el defensor judicial, pues aquello de lo que se ocupan, no solo es distinto sino que es también complementario o supletorio de la obligación de los progenitores de cuidar del menor.

Hay que entender por tanto que el niño es el titular de todos estos derechos. Es cierto que el concepto de “infancia” no tiene un perfil jurídico claramente determinado, más en su lugar contamos con otro tipo de idea, que viene a arrojar algo de luz a la primera, y esta sí aparece recogida en la distinta normativa, tanto estatal como internacional. Nos

¹⁹ DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 45: Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados” (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento), en Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 542 y ss.

estamos refiriendo a la minoría de edad. Tanto si acudimos a la Constitución Española (en adelante CE)²⁰, como a la LOPJM²¹, podremos comprobar que se entiende por niños o jóvenes a aquellas personas que tengan menos de dieciocho años. Lo mismo ocurre si acudimos a otros textos internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989²².

En el artículo 2.1 de la referida Convención, podemos constatar que efectivamente es el niño el sujeto que protege el apartado 4 del artículo 39 CE²³.

ii) Nivel estatal

- **Constitución Española.**

Como ya sabemos, la Constitución Española supone la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y es el marco que delimita “las reglas del juego” a la hora de configurarnos como sociedad democrática y de derecho.

En lo relativo a la protección a la infancia, se erige como derecho constitucional el **artículo 39**²⁴ del mismo texto.

Este artículo supone la configuración de un **sistema mixto** de protección al menor. Es mixto, ya que orquesta una doble salvaguarda del mismo. Por un lado, exige a los padres, a la familia del niño, una responsabilidad directa en cuanto a su deber como garantes de su cuidado y bienestar. Ellos son quienes asumen un papel destacado en esta tarea, siguiendo como ya hemos comentado, lo que se considera más “natural”,

²⁰ Artículo 12 CE “Los españoles son mayores de edad a los 18 años”.

²¹ Artículo 1 LOPJM “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

²² Artículo 1 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

²³ Como niño habrá de entenderse todo menor de edad, «sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales»

²⁴ Constitución Española, CAPÍTULO TERCERO. De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 39. “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

entendiendo por natural aquello que se desprende de la naturaleza humana. Por otro lado, y para paliar aquellas situaciones en que los progenitores fallen, la CE otorga con carácter subsidiario una responsabilidad también a los poderes públicos. Así lo hace atribuyendo «tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores y, en definitiva, asegurarles el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad».²⁵

Es importante recalcar el carácter de subsidiario del poder de las Administraciones Públicas a la hora de intervenir en la vida de los menores, ya que deberán hacerlo únicamente si su integridad física o mental se ven puestas en peligro²⁶. Por ejemplo, uno de los casos en que se daría esta condición es en la declaración de desamparo, tema central del presente trabajo²⁷.

Respecto a la subsidiariedad en la intervención de los poderes públicos, DE PABLO CONTRERAS²⁸ enfatiza justamente en la capacidad de obrar limitada del Estado, y en que es muy importante que se les garantice a los pequeños la protección integral recogida en la Constitución²⁹, cuya ausencia es la que hará necesaria la adopción de la medida de protección al menor que corresponda.

- Código Civil

Como no podía ser de otra forma, debo destacar también una serie de artículos del Código Civil, que versan expresamente sobre el tema del que estoy hablando en este trabajo. Concretamente, nos interesa mencionar los artículos 154, 158, 161, 172, 172

²⁵ DE PALMA DEL TESO, Á., “Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados”, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2006, pág. 38.

²⁶ «En cualquier caso, debe evitarse tanto desembocar en una inflación de los procedimientos de control por parte de las instituciones como en la arbitrariedad de la familia que al amparo de sus muros pueda hacer lo que quiera con sus hijos, desde descuidarlos hasta maltratarlos física o psíquicamente» (PICONTO NOVALES, T. “La protección de la infancia (Aspectos sociales y jurídicos)”, Egido Editorial, Zaragoza, 1996 («Colección Egido Universidad», núm. 5)., págs. 197-198).

²⁷ «Lógicamente este principio de subsidiariedad está referido a aquellas intervenciones más graves, reactivas, en las que se ha de actuar para defender a un menor concreto de riesgos determinados: por ejemplo, la declaración de desamparo. » (Juan María Martínez Otero: Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución. A propósito de la cláusula protectora del artículo 20.4º, cit., pág. 68).

²⁸ DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 45: Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados” (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento), en Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 545 y ss.

²⁹ Art. 39.2 CE.

bis, 172 ter, 173, 173 bis y 174 del referido Código, relativos todos ellos a los menores y a su protección.

El artículo 154³⁰ contempla hasta donde llega la patria potestad, y sobre qué menores recae. En pos de una mayor claridad acerca del mismo, conviene destacar el comentario al referido artículo de José María Castán Vázquez³¹, Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, en el que dice que <<Los Códigos modernos no suelen esbozar definiciones de los hijos, limitándose a poner a éstos -no a los nietos ni a otras personas- bajo la potestad de los padres. El español, en la redacción originaria del artículo 154, sujetó a la patria potestad a los hijos "legítimos no emancipados", así como a los "naturales reconocidos, y a los adoptivos menores de edad". Hoy, con la redacción que el artículo ha dado la ley de 13 mayo 1981, la norma afirma tan solo que "los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre">>.

Por tanto, tras la Ley de 13 de mayo de 1981³², el actual enfoque del Código Civil respecto a los menores que se hallan bajo el paraguas de la patria potestad son los menores no emancipados, sin hacer distinción alguna por filiación, la cual puede ser matrimonial, extra matrimonial o por adopción.

Siguiendo el comentario del jurista Castán Vázquez, hablamos del artículo 158 CC, y no podemos hacerlo sin mencionar que éste fue incluido por primera vez en la Ley de 13 de Mayo de 1981³³. Además, cabe decir que el mismo ha sido objeto de una reforma reciente en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁴. En definitiva, lo que busca este artículo es garantizar

³⁰ Artículo 154 CC “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

³¹ CASTÁN VÁZQUEZ, José María: Código Civil Comentado. vLex Libros.

³² Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

³³ Castán Vázquez afirma en su comentario lo siguiente “Constituye esta norma una de las novedades que en el CC ha introducido la ley de 13 mayo 1981. Su origen se encuentra, como el de otras innovaciones, en los trabajos pre legislativos del Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación a comienzos de 1978”.

³⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 2 relativo a la modificación del Código Civil, más concretamente en su punto nueve, en el que establece la modificación del último párrafo del artículo 158 CC dejándolo como sigue “En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas

que el menor esté totalmente protegido introduciendo a la hora de ejercer la patria potestad, esa opción de intervención judicial.

El interés superior del menor es un principio clave para el legislador, y así lo refleja el artículo 161 CC, a la hora de marcar una serie de límites en cuanto a las comunicaciones y visitas de los progenitores y parientes del menor, llegando incluso a facultar a la Entidad Pública a suspender dichos derechos, en el caso de que sea lo mejor para el niño, eso sí, notificándoselo al Ministerio Fiscal. Carlos Vázquez Iruzubieta, en su comentario al Código Civil pone en relieve esa responsabilidad de la Institución Pública a la hora de velar por el máximo bienestar del niño³⁵.

Por último, los artículos 172, 172 bis, 172 ter, 173, 173 bis³⁶ y 174 engloban toda la sección primera del CAPÍTULO V del Código, y hacen referencia a la guarda y acogimiento de menores.

- **Leyes del menor:**

Respecto a la protección jurídica del menor, podemos decir que existen en nuestro país dos grandes leyes, una ley de carácter orgánico, y otra de carácter ordinario, ambas con el mismo nombre.

Estoy hablando de la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**³⁷ y de la **Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia**³⁸.

Sin embargo, la protección jurídica del menor ya estaba regulada antes de la promulgación de dichos textos legales. De ello se encargaba la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil**³⁹. A raíz de los nuevos cambios que ha sufrido

medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”.

³⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (2016): Código Civil Comentado. vLex Libros.

³⁶ Respecto del artículo 173.2 bis CC, MAYOR DEL HOYO, M^a V., en el Código Civil Comentado. Volumen I. Editorial Aranzadi S.A. 2011, pone de manifiesto la peculiaridad que se le otorga a los acogedores permanentes, en el sentido de que la Entidad Pública puede solicitar al juez que les atribuya facultades “extra”, para así desempeñar mejor su función. Algunas de ellas podrían guardar relación con temas como la administración de los bienes o de representación del niño.

³⁷ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8/con>

³⁸ <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>

³⁹ <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

la realidad social, y de las cada vez más urgentes necesidades de los menores a las que dar respuesta, esta ley orgánica ha sido fruto de algunas modificaciones. El artículo primero de la LO 8/2015, de 22 de julio las recoge en siete apartados.

iii) Nivel autonómico. Aragón.

- **Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón**

Dentro de Aragón, que es la comunidad autónoma en la que vivo, me gustaría mencionar la **Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón**⁴⁰. Esta ley cuenta con una estructura dividida en:

- Preámbulo.
- Título primero. Disposiciones generales.
- Título segundo. Derechos de la infancia y la adolescencia y sus garantías.
- Título tercero. De la protección social y jurídica de los menores.
- Título cuarto. De los menores en conflicto social.
- Título quinto. Distribución de competencias.
- Título sexto. Plan integral de atención a la infancia y adolescencia.
- Título séptimo. Iniciativa social e instituciones colaboradoras.
- Título octavo. Infracciones y sanciones.
- Título noveno. De los registros.
- Disposiciones adicionales.
- Disposiciones derogatorias.
- Disposiciones finales.

Dentro de esta ley, me gustaría destacar el artículo 3, que es el relativo a los principios de actuación que deben guiar las medidas a tomar en relación a los menores, y más concretamente el punto 3 a) del mismo, que pone de manifiesto la prevalencia del interés superior del menor⁴¹.

⁴⁰ <https://www.boe.es/eli/es-ar/l/2001/07/02/12/con>

⁴¹ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón “Artículo 3. Principios de actuación. (...) 3. Las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y en garantía del ejercicio pleno de sus derechos, deberán responder a los siguientes principios: a) La prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. (...)”.

Además de la Ley 12/2001, de 2 de julio cabe así mismo mencionar simplemente el **Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo**⁴².

iv) Nivel Internacional.

- **Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**

Se trata de un texto especialmente importante en el ámbito de la protección de los menores y sus derechos. Se aprobó como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989, y supuso la primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas.

Dado su carácter de obligado cumplimiento para todos los estados firmantes entre los que se encuentra España, el 31 de diciembre de 1990 se publica en el BOE el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁴³, recogiendo sus 54 artículos.

c) Grado de desprotección del menor.

Como ya he comentado, y así lo apoya la doctrina, la Administración sigue el principio de subsidiariedad progresiva a la hora de intervenir para proteger a los menores. Sin embargo, esa mera referencia no basta para determinar la forma en que se actúa, y qué medidas se van a tomar, sino que hay que tener en cuenta otro tipo de factores más ligados al estado concreto del menor.

Es decir, atendiendo a la gravedad de sus circunstancias y a la necesidad o no de separarlo de su núcleo familiar, se llevarán a cabo unas actuaciones u otras⁴⁴.

Sea cual sea la vía que se siga, una de las cuestiones más importantes que tiene en cuenta el legislador, es tratar de mantener al menor en su familia de origen. Así lo

⁴²<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=303952021111&type=pdf>

⁴³https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1990-31312

⁴⁴ Evidentemente, y así lo afirma BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R en “Comentarios al Código Civil. Tomo II”, Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pág. 1788, las medidas deberán tomarse con prudencia, optando siempre primero por actuaciones menos fuertes, aumentando su intensidad únicamente si así lo hace también la gravedad de la situación.

defienden tanto las leyes estatales de nuestro país⁴⁵, como diversa normativa autonómica e internacional. Por ejemplo, en Aragón, conviene destacar el **artículo 3.3 d) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón**, el cual sostiene que uno de los principios de actuación que debe mover a la Comunidad Autónoma de Aragón para atender a los menores y garantizar sus derechos es “La promoción de la integración familiar y social de los niños y adolescentes, garantizando la permanencia, reinserción y restitución en su entorno familiar y social, siempre que no les sea perjudicial”.

En el caso de que lo mejor para el menor sea alejarlo de la misma, lo que se hace es intentar favorecer en un futuro próximo una mejora de la realidad de esa familia y de ese menor, enfocando siempre el *modus operandi* de la Administración en, al menos, una intencionalidad clara de reinsertarlo en su seno familiar⁴⁶.

Este deseo de los poderes públicos de que el núcleo familiar se mantenga unido, es uno de los principios rectores que sirven de pauta a la hora de tomar decisiones en relación a la familia y a la sociedad en general, aunque, evidentemente, este enfoque se seguirá siempre que sea en pro del interés superior del menor, primando siempre éste sobre el derecho de los padres a la vida familiar⁴⁷.

Añadir además, que en la Exposición de Motivos, punto segundo de la LOPJM “se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar”

Es decir, si por ejemplo, vives en un bloque de pisos, y ya sea porque escuchas gritos, porque presencias episodios de maltrato, abandono... eres consciente de que se está produciendo una situación de peligro para un niño, tú, como ciudadano, tienes el deber de informar sobre ello a las autoridades.

⁴⁵ Artículo 172.4 CC y artículo 11.2 b) LOPJM.

⁴⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: Comentarios al Código Civil. Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pág. 1783.

⁴⁷ STC 221/2002: «se ponderan el derecho de los padres a la vida familiar y el derecho del menor a la integridad moral y, la simple puesta en peligro de esto último, lleva al Tribunal a anular la resolución impugnada por la que se había decidido el retorno de la menor con su familia y la revocación de la resolución de desamparo».

El legislador ha creado dos tipos de situaciones de desprotección del menor: <<situación de riesgo>> y <<situación de desamparo>>, en función de la gravedad del escenario⁴⁸.

Pasaremos a analizar cada una de ellas a continuación.

i. Situación de riesgo:

- Regulación

Este sería el nivel de desprotección “menos grave”, por denominarlo de alguna manera, y no implica la necesidad de separar al menor de su familia, a diferencia de lo que, como ya veremos más adelante, ocurre con la situación de desamparo.

Su conceptualización exacta podemos encontrarla en **artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor**⁴⁹.

En la legislación autonómica de Aragón, la situación de riesgo del menor aparece contemplada en los artículos 56, 57 y 58 de la **Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón**. Su **artículo 56** dice como sigue:

“Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que, por circunstancias personales o socio familiares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar”.

Por último, si nos vamos al plano internacional, como por ejemplo a la **Convención de Derechos del Niño**, no aparece recogida la situación de riesgo del menor como tal, pero si se contempla en el **artículo 27.3** de la misma que “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar

⁴⁸ De la diferencia entre la situación de riesgo y la situación de desamparo nos habla PÉREZ ÁLVAREZ en el “Capítulo 17: El sistema público de protección de menores e incapaces” en Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, Madrid, 2016.

⁴⁹ “Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”.

efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

- **Guarda administrativa**

Conviene destacar en este punto la figura de la guarda administrativa⁵⁰, una de las medidas de protección que puede adoptar la Entidad Pública para proteger al menor.

La encontramos regulada tanto en el Código Civil⁵¹, como en la LOPJM⁵².

Respecto al artículo 172 bis CC, PÉREZ ALVAREZ⁵³ apunta que hay dos cauces a través de los cuales la guarda empieza a ejercerse, y uno de ellos es del que estamos hablando en este apartado, la solicitud voluntaria por parte de los progenitores.

A la guarda administrativa también se le llama en ocasiones guarda voluntaria. De hecho, así lo recoge el último boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, que la define como “Resoluciones adoptadas por la entidad pública competente, a petición de los padres o tutores cuando justifiquen no poder cuidar al menor por circunstancias graves, por las que se asume la Guarda de un menor”⁵⁴.

⁵⁰ Para entender mejor la situación de guarda he consultado a PARRA LUCÁN, en el “Capítulo 43: Instituciones de guarda (1). La tutela”, en Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales, II (2ª edición), Madrid, 2017.

⁵¹ “Artículo 172 bis CC. 1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal. 2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.”

⁵² Art. 19 LOPJM.

⁵³ PÉREZ ÁLVAREZ, “Capítulo 16: La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados” en Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, Madrid, 2016, págs. 445 y ss.

⁵⁴ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, pág. 15.

Es una medida que me ha llamado mucho la atención, ya que son los padres quienes, extrajudicialmente, la solicitan al juez. Es decir, no estamos hablando de ningún tipo de imposición o castigo a los progenitores, al contrario.

Se trata de padres que se encuentran en situaciones bastante difíciles, por múltiples motivos (problemas con las drogas, pobreza, algún tipo de enfermedad muy grave que haga imposible el cuidado de los hijos, etc.), y que se ven incapaces de, por el momento, desempeñar todos sus deberes de cuidado con respecto al menor. Por lo tanto, antes de que la cosa empeore, y con el objetivo de mejorar sus circunstancias, piden este apoyo, esta llamada de ayuda a la Administración, para que asuma la guarda del niño. Por lo tanto, no pierden la patria potestad ni se les suspende siquiera. Lo que ocurre es que delegan algunas funciones a la Administración, pero se mantienen sus obligaciones para con sus hijos. Tienen un plazo de dos años para mejorar su realidad y poner fin a esta guarda administrativa, o en el caso de no hacerlo, se procederá ya si a la declaración de la situación de desamparo de los menores.

Esta medida es una muestra del gran interés que pone el sistema en que el menor continúe con su familia. No espera a que el panorama sea insostenible para actuar, sino que ofrece a los padres esta vía, con tiempo, para favorecer siempre el mantenimiento de la unidad familiar y darles la oportunidad de poder criar a sus hijos, por muy difíciles que se pongan las cosas.

Respecto a la figura de los guardadores de hecho, el Código Civil no recoge una definición expresa de ello, pero atendiendo a lo que defiende BERROCAL LANZAROT⁵⁵, podemos concluir en que dicha figura pueden desempeñarla tanto personas físicas como jurídicas, pudiendo ser las primeras una o más de una. Afirma BERROCAL que “normalmente, la persona del guardador suele ser un pariente del menor o del presunto incapaz o incapacitado”.

⁵⁵ BERROCAL LANZAROT, “La revitalización de la guarda de hecho tras la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia” (I) en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 757, 2016, págs. 2857 y ss.

ii. **Situación de desamparo:**

- **Regulación**

Para encontrar una definición clara y fidedigna de lo que se entiende por situación de desamparo, deberemos acudir a la normativa estatal, y más concretamente al Código Civil, donde aparece definida en su **artículo 172, párrafo segundo**⁵⁶.

El **artículo 18 de la LOPJM** relativo a las actuaciones en situación de desamparo ofrece así mismo una visión bastante amplia acerca de las mismas.

Conviene acudir también a la **Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia**, y más concretamente a su **artículo 105**, donde aparecen recogidas distintas situaciones de desamparo.

Además, dado que estamos en Aragón, me gustaría mencionar también la **Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón**, que contempla las situaciones de desamparo en su artículo 59⁵⁷.

Contra la declaración de situación de desamparo cabe recurso ante la jurisdicción civil⁵⁸. El plazo para hacerlo es de dos meses desde su notificación Pero, lo que

⁵⁶ Capítulo IV “De la adopción y otras formas de protección de menores”. Sección 1ª. De la guardia y acogimiento de menores. Art. 172 del Código Civil, párrafo segundo “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

⁵⁷ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. “**Artículo 59. Situación de desamparo.** 1. Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. 2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.”

realmente nos interesa aquí es ¿quién está facultado para interponerlo? Lo están, evidentemente, los padres del menor, los tutores el Ministerio Fiscal, pero también los acogedores. BARBER CÁRCAMO comenta que esto es sencillamente un traslado a la realidad de los menores de lo que se establece en el artículo 20.bis 1, d) LOPJM⁵⁹.

- Tutela legal

Una vez ubicados en la legislación, conviene aclarar qué es lo que implica realmente que a un menor se le declare en situación de desamparo.

Para empezar, y siguiendo las pautas del art. 172 CC, hay que señalar que es la Entidad Pública competente de cada comunidad autónoma quien debe constatar que un niño se halla en esa situación, y una vez hecho esto asume automáticamente por *ministerio legis* su **tutela**⁶⁰, siguiendo las pautas necesarias para asumir su guarda adecuadamente⁶¹.

Pero, ¿cuál es la consecuencia directa que tiene esta asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública? Nada más y nada menos que la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria⁶².

Sin embargo, esto no es el fin. No significa que los padres nunca vayan a poder recuperar a sus hijos. El legislador intenta darles una nueva oportunidad a los progenitores o tutores legales, y les concede un plazo bastante razonable para algunos, y algo ajustado para otros, de dos años, en los que pueden mejorar su situación y solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad y la consiguiente revocación de la declaración de situación de desamparo. Ese plazo comienza desde que se notifica la resolución administrativa donde se comunica la declaración, y además durante ese

⁵⁸ Así lo indica el artículo 780 Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la “Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”.

⁵⁹ BARBER CÁRCAMO, R: La subversión constitucional del acogimiento de menores. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº17, 2002.

⁶⁰ <<Tutelas “ex lege”. Resoluciones adoptadas por la entidad pública competente, en los casos de desamparo de un menor, por las que se asume su tutela por ministerio de la Ley. Se dicta una resolución diferente para cada niño afectado. En la práctica, lleva implícito el ejercicio de la guarda>> MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, pág. 15.

⁶¹ LOPEZ AZCONA, A: La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III. Pág. 30.

⁶² Hay que tener en cuenta que a pesar de suspenderse la patria potestad, el artículo 172.1, párrafo tercero del Código Civil puntualiza que “No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste”.

tiempo también pueden oponerse a las decisiones tomadas en relación a la protección de ese niño o niña.

Si las circunstancias no cambian, y la suspensión continua, ese derecho de los padres se pierde, decae. Aunque más adelante, pongamos en tres o cuatro años efectivamente si se produzca un cambio sustancial, y así lo comuniquen al Ministerio Fiscal o a la Entidad Pública que corresponde⁶³, la decisión sobre el futuro del menor estará en manos únicamente del Ministerio Fiscal⁶⁴.

Además, durante ese par de años clave, si así lo considera la Entidad Pública, porque a la vista de las circunstancias, la vuelta a su familia de origen va a ser prácticamente imposible, puede tomar medidas tales como la propuesta de adopción del niño o niña. Evidentemente para esto deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, cuyo papel está claramente fortalecido en esta ley dada la importancia que tiene a la hora de velar por los intereses de los menores, y protegerlos, y así lo recoge la exposición de motivos segunda de la referida ley orgánica⁶⁵.

Volviendo al tema del deseo de la Administración por que el menor regrese a su familia “original”, cabe preguntarse, y así lo plantean diversos autores, si ese deseo no es más que una ficción o una simple ensoñación teórica que en contadas ocasiones ve esfuerzos reales por parte de la dinámica de actuación existente de realizarse. La especialista en derecho de familia y profesora titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Pilar Benavente Moreda comparte precisamente esta inquietud⁶⁶. No debemos olvidar que el derecho es útil en tanto en cuanto responda de forma efectiva a problemas reales de las personas que conforman esta sociedad, y por tanto, de poco sirve expresar un determinado propósito, si poco se hace por alcanzarlo. Caemos en la disyuntiva de acabar priorizando esa nueva familia en detrimento de la

⁶³ Mantienen el derecho de facilitar la información que consideren sobre ese cambio de su situación, *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 162, se dice que el legislador afirma que «se le ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo que se considera razonable».

⁶⁴ PÉREZ ÁLVAREZ: Comentario al artículo 172 del Código Civil. Código Civil Comentado. Aranzadi. págs. 8 a la 10.

⁶⁵ “En todo el texto aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal, siguiendo la tendencia iniciada con la Ley 21/1987, ampliando los cauces de actuación de esta institución, a la que, por su propio Estatuto, corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal”.

⁶⁶ BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho privado y Constitución*, 23, 2009, págs. 50-51.

unidad familiar originaria, castigando al final a los más desfavorecidos, que son aquellas personas pertenecientes a núcleos más pobres o más excluidos.

He de reconocer que es un tema muy complicado de gestionar, y la Justicia Española no es precisamente rápida. Es cierto que funciona lenta, pero también segura. Sin embargo, hay ocasiones en que estas demoras en los procedimientos, resolviendo impugnaciones o ejecutando fallos de sentencias, pueden causar que al final, si lo que queremos es velar siempre por el interés superior del menor, una decisión que en un primer momento iba encaminada a reinsertar a dicho menor con sus padres biológicos, por ejemplo, acabe no siendo la más adecuada, y resultando más apropiado que se mantenga en la familia de acogida (más adelante explicare detalladamente todo el tema de los acogimientos). Esto sería una muestra de situación en la que, a causa del funcionamiento de la Administración de Justicia, y en contra de su expresado deseo por reinsertar al niño con su familia biológica, se favorece el mantenimiento de la “familia social”.

Además, hay que mencionar que este artículo añade que “La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela”. Es decir, no solo suspenderla, sino privarles de la misma. Este párrafo viene relacionado con lo dispuesto en el artículo 239.3 del mismo Código⁶⁷, en el cual efectivamente se reconoce a la *tutela ex lege* como una potestad unilateral.

Otra nota importante acerca de la tutela legal es su carácter temporal. Si, temporal. Y es que esta tutela es asumida por la Entidad Publica motivada por una situación dramática perjudicial para el menor. Pero, si esa situación ya no existe, es decir, si desaparece la razón que hizo necesaria la asunción de dicha tutela, ésta deberá también desaparecer.

A pesar de que esta medida de protección a los menores sea de alguna manera una medida impuesta, está claro, y así lo manifiesta ORDÁS ALONSO⁶⁸, que antes de llegar a este punto se le da prioridad a otro tipo de medidas que se tomen por consenso, como podrían ser distintos programas en que padres y la Entidad Pública correspondiente colaboren, o los primeros reciban ayudas para la educación de los

⁶⁷ “Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela”.

⁶⁸ ORDÁS ALONSO, M: El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio; Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil núm. 9/2016, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2016, pág. 2.

pequeños. Si las medidas consensuadas no son posibles, es cuando se debe actuar de una manera más unilateral, como estamos viendo es el caso de la tutela legal.

Esta tutela forma parte del actual Sistema de Protección al Menor, y es garantía de ello, pero evidentemente, una familia siempre va a ser el mejor entorno en el que el niño o niña vaya a desarrollarse y a tener una infancia plena y feliz. La tutela legal en realidad lo que hace es desplazar la figura de los padres (o tutores legales en cualquier caso), y conformar una relación únicamente entre la Administración y los menores.

De hecho, variada legislación de las comunidades autónomas, como por ejemplo, Aragón, así lo recogen⁶⁹.

- Supuestos de desamparo

Vemos que esta declaración no está exenta de cambios muy importantes para la vida del menor y por ello se debe cuidar muy minuciosamente cuales son los factores que reflejen que tal situación se está produciendo.

Se hace imprescindible mencionar el art. 18.2 de la LOPJM, donde se recogen distintos supuestos de desamparo.

La reforma de 2015 trajo modificaciones de gran trascendencia. Para empezar, incluyó un indicador de desamparo muy sencillo pero a la vez muy útil, y es que si un niño o niña ya tiene un hermano declarado en desamparo, a no ser que las circunstancias familiares hayan cambiado para mejor, esto ya es un gran indicativo de que ese otro hermano es bastante probable que también se halle en la misma situación. Además, se incluye una pequeña y vital apreciación; el hecho de que los padres sean pobres no será tenido en consideración a la hora de estimar el desamparo, como tampoco lo será el hecho de que o niño o los padres tengan algún tipo de discapacidad.

Además, se recogen ocho supuestos de desamparo:

- a) El abandono del menor.
- b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria.

⁶⁹ Art. 23.1 del Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

- c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor (malos tratos físicos graves, abusos sexuales, etc.); que el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos; que exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores⁷⁰. También cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.
- d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico o a la falta de atención grave.
- e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda.
- f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad⁷¹.
- g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada al centro educativo y el absentismo escolar.
- h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

d) Instituciones jurídicas de protección del menor: Acogimiento.

Todo lo que aquí se ha expuesto es muy importante reseñarlo pero, lo que en realidad nos importa, y lo que tiene un impacto real en la vida de estos niños que son en última instancia el centro de atención de todo el trabajo, y de todas estas medidas, es que efectivamente se lleven a cabo en un plano factico, de hecho, a la práctica vamos.

Estamos diciendo que es un ente público quien asume la tutela, pero, ¿esto qué significa? ¿Cómo se traslada esto al mundo real? El legislador lo tiene todo previsto, y

⁷⁰ Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas.

⁷¹ Concretamente la inducción a la mendicidad de los menores está considerada como un delito, cuyo tipo penal aparece recogido en el artículo 232.1 del Código Penal “Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

lo hace además buscando siempre asemejar en la medida de lo posible la desafortunada realidad que les toca vivir a estos niños con la que vivirían en el núcleo de una familia natural.

El **artículo 172 ter CC** es vital, pues es el marco legislativo que nos muestra el procedimiento a seguir en estos casos. Aquí se recoge la forma de ejercer la guarda de los menores; a través del **acogimiento**. Es la manera que tiene la Administración de cuidar del menor necesitado de protección, y la que en definitiva está teniendo trascendencia sobre su futuro. Este concepto ha quedado demasiado sintetizado tras la última reforma que se realizó, apareciendo únicamente recogido en la ley, en el artículo que acabo de mencionar⁷². Es por tanto, un artículo de suma importancia, y es por ello que lo añado en este apartado. Dice como sigue:

“Artículo 172 ter CC.

1. La **guarda** se realizará mediante el **acogimiento familiar** y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el **acogimiento residencial**. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. No podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley. La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal.

2. Se buscará siempre el **interés del menor** y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su **reintegración en la propia familia** y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

⁷² LOPEZ AZCONA, A: Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2016. Pág. 18.

3. La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.

4. En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.”

Existen, grosso modo, dos tipos de acogimientos principales, el acogimiento familiar y el acogimiento residencial, los cuales vamos a explicar detalladamente a continuación, pero ya adelanto que las consecuencias que se derivan de la aplicación de uno u otro son bien distintas.

De hecho, tal y como expone este artículo, el acogimiento familiar tiene un carácter preferente frente al acogimiento residencial, que adquiere un carácter subsidiario, llevándose a cabo cuando el otro tipo de acogimiento no sea posible⁷³.

⁷³ Así lo sostiene también la LOPJM en su artículo 21.3 que dice “Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor (...)”.

a) Acogimiento familiar.

La Asociación Estatal de Acogimiento Familiar define el acogimiento familiar como “una medida de protección por la que el menor en situación de riesgo o desamparo, que no puede o no debe vivir con su familia biológica, pasa a integrarse en una familia de acogida. Produce la plena participación del menor en la vida de la familia, y son obligaciones de quien lo recibe el velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentario, educarlo y procurarle una formación integral”⁷⁴.

Como ya se está avanzando, el acogimiento familiar es la medida predilecta por el legislador, cobrando aún más importancia si el menor es muy pequeño. La LOPJM recalca el carácter totalmente prioritario del acogimiento familiar para los menores de tres años, y especialmente para los menores de seis⁷⁵.

Es la manera que tiene el legislador de velar por el interés superior del niño, tratando que, a pesar de que no sea en una familia biológica, sí pueda disfrutar de todas las ventajas que ofrece crecer en un núcleo familiar.

→ Tipos de acogimiento según el criterio de **vinculación a la familia acogedora**.

Dentro de esto, el Código Civil diferencia dos tipos de familias en las que se puede acoger a un menor desamparado, dependiendo del tipo de relación que exista con esa familia⁷⁶, y vamos a ver que tiene mucho sentido.

Por un lado, está el **acogimiento en familia extensa**. Es el que la Administración, siempre que sea posible, va a preferir, y es que consiste en que el menor pase a estar bajo la guarda de algún miembro (o miembros) de su familia. Por ejemplo, sería el caso de los abuelos, de algún tío, etc.

⁷⁴ ASOCIACIÓN ESTATAL DE ACOGIMIENTO FAMILIAR: ¿Qué es el acogimiento familiar? El Acogimiento familiar. Disponible en: <https://www.aseaf.org/qu%C3%A9-es-el-acogimiento-familiar/el-acogimiento-familiar/>

⁷⁵ Es una limitación que recoge la ley con respecto al otro tipo de acogimiento (acogimiento residencial), dada la corta edad de estos menores y el impacto que para ellos pudiera tener en esta temprana etapa de la vida verse privados de un entorno familiar. Para los menores de tres años el acogimiento familiar es la única opción, viéndose solamente limitada esta posibilidad en favor del acogimiento residencial si la medida fuera en contra del interés superior del menor o fuera imposible. Así lo sostiene el art. 21.1 LOPJM.

⁷⁶ Artículo 20.1 LOPJM

Parece lógico, pues dentro del cambio de rutina, de vida, para ese niño, el impacto nunca va a ser tan grande, pues son personas que ya conoce, con las que existe un vínculo o relación y en las que el niño supuestamente confía. Al fin y al cabo, aunque no sean sus padres, son su familia también, y eso es muy positivo para el menor. De hecho, culturalmente es muy habitual que si los padres fallecen, o trabajan mucho y necesitan ayuda para hacerse cargo de sus hijos en momentos puntuales como ir a llevarlos al colegio, recogerlos de una actividad extraescolar, pidan apoyo a la abuela, a los tíos, etc., siendo todo esto decisiones que quedarían dentro del ámbito privado. Sin embargo aquí lo que se está haciendo es incluir jurídicamente como medida administrativa en el Sistema de Protección al Menor, esta clase de acogimiento.

Es un tipo de acogimiento que tiene multitud de efectos positivos en el desarrollo del menor, ya que, entre otras cosas, dota al menor de una gran estabilidad, vital en los primeros años de la vida de un niño. Sin embargo, siguiendo este planteamiento, si estos acogimientos se mantienen durante mucho tiempo, al final la vuelta al núcleo familiar original con sus progenitores se convierte en una posibilidad bastante remota⁷⁷. Por tanto, podríamos decir que el acogimiento en familia extensa en realidad no favorece la reinserción en el núcleo familiar, sino al contrario. Sin embargo, a pesar de esa orientación que sabemos la Administración trata de seguir, el interés superior del menor es lo que debe primar por encima de todo, y tal como defienden varios autores, esta suele ser la medida que ellos prefieren⁷⁸, por todo lo que ya hemos mencionado, lo cual también es un punto a favor pues se está respetando el derecho del menor a participar en su propia vida, y a formar parte de un proceso que de manera directa va a impactar en el curso de su futuro⁷⁹.

Cabe añadir que en función de la comunidad autónoma, el concepto de familia extensa se entiende en sentido más amplio o más estricto. Algunas consideran que aquí únicamente caben los puros parientes (tíos, abuelos, etc.), a diferencia de otras que incluyen en esta categoría a otras personas que, a pesar de no ser parientes biológicos,

⁷⁷ Scannapieco, M. (1999). Kinship care in the public welfare system. A systematic review of the research. En R. Hegar y M. Scannapieco (Eds.), *Kinship Foster Care: Policy, Practice and Research*. New York: Oxford University Press, o Dubowitz, H., Feigelman, S. y Zuravin, S. (1993). A profile of kinship care. *Child Welfare*, 72, 2, 153-169.

⁷⁸ Broad, B. (Ed.) (2001). *Kinship Care: the placement choice for children and young people*. Dorset (UK): Russell House Publishing, o Pitcher, D. (2002). Placement with grandparents. The issues for grandparents who care for their grandchildren. *Adoption and Fostering*, 26, 1, 6-14.

⁷⁹ Casas, F. (1998). *Infancia: Perspectivas psicosociales*. Barcelona: Paidós.

mantienen con el menor una relación muy estrecha de afectividad que se asemejaría a la de su familia. De hecho, en relación con éstas últimas, cabe señalar que el concepto de familia extensa cada vez se está contemplando desde una perspectiva más amplia⁸⁰.

Sin embargo y a pesar de lo deseado, puede que ese niño no tenga más parientes, que haya una mala relación con ellos y no estén dispuestos a hacerse cargo del pequeño o que aunque quieran no puedan por razones económicas u organizativas. O simplemente porque no es aconsejable para el menor en ese caso concreto por el motivo que fuere. En ese contexto la Administración prevé otro escenario, y ahí entra en juego el acogimiento en familia ajena.

El **acogimiento en familia ajena** es el que se produce en una familia con la el menor desamparado no tiene ningún tipo de vínculo anterior.

Son familias que se ofrecen para ello, aceptando una serie de obligaciones y deberes, y que juegan, en mi opinión, un papel fundamental en nuestra sociedad, pues suponen la alternativa perfecta para aquellos niños sin familia extensa que pueda cuidarles, y sin tener que recurrir al acogimiento residencial. Además, tal y como recoge la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar, “no implica que el menor rompa las relaciones con sus padres biológicos y familia extensa. Generalmente, los menores suelen tener contacto a través de visitas programadas tanto con los padres biológicos como con otros miembros de su familia, en función de las características y posibilidades de cada caso, con la finalidad de que se mantengan los lazos afectivos entre padres e hijos”⁸¹. Por lo tanto, siempre que se pueda y sea aconsejable, se mantiene también el contacto con su familia de origen, siendo esto muy positivo para el menor.

***Procedimiento a seguir para ser Familia Acogedora en Aragón**

Al investigar a cerca de este tipo de acogimiento he quedado gratamente sorprendida, ya que, como ya he comentado, me parece una opción muy buena para los pequeños, al no verse obligados a permanecer en un centro que aun con todas las previsiones que recoge

⁸⁰ En 1994, la Child Welfare League of America (CWLA) ya perfiló el concepto de familia extensa (kinship care or kinship foster care), definiéndolo como “a atención, crianza y protección a tiempo completo de los niños que han de ser separados de sus padres, llevada a cabo por parte de familiares, miembros de sus tribus o clanes, padrinos, padrastros o cualquier adulto que tenga una unión afectiva familiar con el niño”.

⁸¹ ASOCIACIÓN ESTATAL DE ACOGIMIENTO FAMILIAR: ¿Qué es el acogimiento familiar? Tipos de acogimiento familiar. Disponible en: <https://www.aseaf.org/qu%C3%A9-es-el-acogimiento-familiar/tipos-de-acogimiento-familiar/>

la ley para garantizar el bienestar infantil, nunca va a ser tan aconsejable como una familia.

Sin embargo, me surgían varias dudas, sobre todo en relación a la procedencia de estas familias de acogida y al procedimiento a seguir para convertirte en una de ellas.

No debemos olvidar la gran responsabilidad que supone cuidar de un niño pequeño, y más aún, tratándose de circunstancias tan especiales como las que viven estos menores. Cabe plantearse distintas cuestiones a este respecto ¿Cualquiera puede acoger a un niño? ¿Son los requisitos a seguir demasiado laxos, o excesivamente restrictivos? ¿Qué tendría que hacer una familia si quisiera acoger?

O incluso ¿Qué se está haciendo para informar a la gente de que existe esta opción? Ya que en mi opinión, habría multitud de familias dispuestas a ofrecerse para ayudar a estos niños, pero mucha gente desconoce que puede hacerlo.

Bien, para analizar todo esto he decidido centrarme en el caso de Aragón, dado que es la comunidad autónoma en la que vivo y la realidad que me pilla más de cerca.

En primer lugar, cabe destacar lo que señala el artículo 172.1 ter CC “(...) El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública (...)”. Este asunto está incluido dentro de los temas de que se ocupa el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España. Sin embargo, hay que puntualizar que “las competencias en materia de protección de menores se encuentran asumidas por las Comunidades Autónomas”⁸², y por tanto, si accedemos a la página web, aparece un listado de todas las comunidades autónomas de España en el que de forma bastante gráfica, únicamente debes pinchar en la de tu lugar de residencia para acceder a toda la información importante sobre el tema.

Si pinchamos en Aragón⁸³, nos dice que la Entidad Pública encargada de proteger a los menores es el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, concretamente el Servicio de

⁸² Página Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España, Campaña de fomento del acogimiento familiar “SE BUSCAN FAMILIAS”, enlace: <http://www.sebuscanfamilias.es/siQuieresAcoger/home.htm> (consultado a fecha 02/01/20209)

⁸³ Página Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España, Campaña de fomento del acogimiento familiar “SE BUSCAN FAMILIAS”, enlace: <http://www.sebuscanfamilias.es/siQuieresAcoger/aragon.htm> (consultado a fecha 02/01/20209)

Atención a la Infancia y Adolescencia. Ahí es a donde deberemos acudir para comenzar todo el procedimiento.

He entrado en su página web, siguiendo el enlace que se facilita: www.aragon.es/iass, donde he visto resueltas todas mis preguntas.

Para empezar, están muy claros los requisitos mínimos iniciales para poder acoger a un menor. Es susceptible de convertirse en familia de acogimiento “Toda aquella persona o familia que:

- Desea de una manera solidaria ejercer la protección de un niño o una niña.
- Que esté dispuesta a hacerlo como colaboradora necesaria del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.
- Que sea respetuosa con la circunstancia familiar del niño o niña que está dispuesta a acoger.”⁸⁴

Además, también aparece detallado el procedimiento a seguir, el cual es bastante correcto en mi opinión, si bien cambiaría un par de puntos que ahora comentare.

Para empezar se realiza una entrevista con los interesados en acoger, para informarles acerca de todo el programa de acogimiento (es lo que se conoce como sesión de acogida). Después deben cumplimentar una solicitud⁸⁵ junto con otro tipo de documentación, y una vez hecho esto viene una de las partes que me parecen más interesantes. Resulta que los solicitantes reciben también una formación concreta para poder adquirir determinados conocimientos necesarios en este procedimiento (sin perjuicio de que a lo largo del acogimiento sean formados a su vez sobre temas específicos). Creo que este es un gran acierto por parte del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, ya que remitiéndome a lo ya dicho, la responsabilidad de estas familias es enorme, y deben contar con la mejor preparación posible. A continuación, tiene lugar la “valoración de la idoneidad y del ofrecimiento de la familia”⁸⁶, con visita

⁸⁴ Página Web del Gobierno de Aragón, Instituto Aragonés de Servicios Sociales, enlace: <https://www.aragon.es/-/acogimiento-familiar#anchor4> (consultado a fecha 02/01/2020)

⁸⁵ AÑADIR LA SOLICITUD (enlace)

⁸⁶ Artículo 20.2 LOPJM “El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a

incluida a la casa donde se supone está previsto que vaya a vivir el menor. Si todo va bien, y el trabajador social concluye en la idoneidad, la familia se incluye en la Bolsa de familias acogedoras de Aragón.

Superada esta “primera fase” digamos, del procedimiento, nos metemos ya más a fondo en el acogimiento concreto de cada niño, y es que el siguiente paso es la “selección de la familia acogedora”, teniendo en cuenta las familias que hay disponibles para acoger, y los menores necesitados de acogimiento. Se elige la familia y se formaliza el acogimiento, explicando los deberes y derechos de la familia⁸⁷. Además, el procedimiento se auto garantiza el desarrollo positivo del mismo, previendo un seguimiento posterior por parte de trabajadores sociales, para comprobar que el niño está evolucionando favorablemente, que se está adaptando bien, que se respetan sus derechos, etc., y también para ayudar a los acogedores en cualquier cosa que necesiten.

Mis reservas en cuanto a todo este procedimiento no son tanto respecto a la regulación concreta del mismo, como a la “publicidad” que se hace del mismo de cara a la población española en general. Creo que es insuficiente y que esta falta de información perjudica mucho al bienestar de estos niños, pues son ellos quienes sufren en primera persona la falta de familias acogedoras.

Actualmente, existe una campaña de fomento por parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad llamada “Se buscan familias”, que busca precisamente aumentar la cantidad de familias acogedoras⁸⁸.

→ Tipos de acogimiento según el criterio **temporal** y de **intención** :

Además de valorar el tipo de relación que exista entre el menor y aquellos que van a acogerle, debemos tener en cuenta también otro tipo de criterios para clasificar los tipos de acogimientos que existen en nuestro sistema de protección al menor. El artículo

facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia.”

⁸⁷ Hay que tener en cuenta, que tal y como establece el artículo 173.1 CC, “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”. Cuando una familia pasa a acoger a un menor, acepta estos deberes recogidos en el Código Civil. Además, el artículo 20 bis LOPJM recoge los derechos y deberes de los acogedores familiares.

⁸⁸ <http://www.sebuscanfamilias.es/>

173.2 bis del Código Civil contempla tres categorías diferentes, atendiendo a la duración y los objetivos de la medida.

Señalar simplemente que el acogimiento familiar provisional y el preadoptivo fueron suprimidos con la reforma del Anteproyecto, quedando actualmente únicamente las tres modalidades de las que ahora hablaré.

El referido artículo dice así:

“2. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.”

A continuación procederé a comentar cada uno de ellos.

- Acogimiento de **urgencia**⁸⁹. Su propio nombre ya está retratando el carácter de este acogimiento. Se toma principalmente con los niños más pequeños, de edades inferiores a los seis años, para evitar que sean ingresados en un centro (dado el impacto tan fuerte que tendría ese ingreso en menores de tan corta edad), protegiéndoles así bajo el paraguas de una familia real. La idea es que no dure más de seis meses, y es por ello que las familias que se prestan a esta medida deben tener en cuenta que esos pequeños van a irse de su lado en algún momento, y por ello deben estar preparados psicológicamente para esa finalización de la posible unión que hayan creado. Es, en mi opinión, un tipo de acogimiento bastante duro, tanto como la familia acogedora como para el menor, y creo que la duración del mismo debería ser de como mínimo un año.
- Acogimiento familiar **temporal**. Se dice que es temporal, porque tiene un plazo máximo establecido de duración de dos años, sin perjuicio de ampliarlo si resulta beneficioso para el menor. La idea es que ese niño pueda volver con su familia, que en ese tiempo las circunstancias mejoren y pueda regresar a su núcleo familiar de origen. Esto no es sino una muestra más del espíritu que guía toda esta regulación, orientado siempre a crear el ambiente más cercano al que tendría ese niño en unas condiciones naturales normales y adecuadas para su desarrollo. El código lo intenta siempre, sin embargo, si no es posible que vuelva con sus progenitores, esta medida finalizará iniciándose otra de carácter más estable.
- Acogimiento **permanente**. Como bien puede deducirse del art.173.2 bis CC, este acogimiento es bastante peculiar, pues se da cuando el plazo del anterior ha terminado, pero, por las razones que sean no es conveniente que el menor vuelva a su familia de origen pero tampoco lo es iniciar un proceso de adopción. Por tanto, buscando dotar a ese niño de una cierta estabilidad, se acuerda esta medida que de alguna forma es más sólida ya que el código prevé una posible atribución a los acogedores de más autonomía para cuidar del menor, a petición de la Entidad Pública. Además, también puede acordarse un acogimiento permanente de forma directa, si se entiende que es lo más beneficioso para el pequeño.

⁸⁹ LOPEZ AZCONA, A: Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2016, pág. 35.

b) Acogimiento residencial

El acogimiento residencial aparece recogido en nuestro Sistema de Protección del Menor con carácter subsidiario y está regulado principalmente en los artículos 21 y 22 bis⁹⁰ de la LOPJM. Cabe destacar así mismo varios artículos del Código Civil, entre los que se encuentran el 158⁹¹, 161⁹² o el 174⁹³.

Tal y como ya mencionaba anteriormente, el art. 21.3 LOPJM establece el carácter residual de esta medida, tomándose únicamente cuando el resto de alternativas fallen, o en casos concretos en que los menores ya son de edades más avanzadas (dieciséis en adelante).

Es muy importante que dentro de estos centros⁹⁴, los menores puedan recibir el cuidado y la atención necesarios para que culmine su desarrollo como personas, y sean capaces de alcanzar un crecimiento humano y de recibir una educación básica, de la misma forma (o al menos la más parecida posible) que lo harían dentro de una familia.

La Entidad Pública es quien asume su tutela, y acepta todas las obligaciones que se enumeran en el apartado primero del referido artículo, entre las que me gustaría destacar por ejemplo “la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades”⁹⁵ o la promoción de “la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar

⁹⁰ Relativo a los programas de preparación para la vida independiente que las Entidades Públicas deberán ofrecer a los menores que se encuentren bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad.

⁹¹ Relativo al principio de proporcionalidad a la hora de tomar ciertas decisiones con respecto a los menores. En el caso de que se les privara de las comunicaciones con sus progenitores, por ejemplo, que es una medida bastante estricta en mi opinión, pues creo que el contacto con la familia de origen es en la mayoría de los casos positivo, debería justificarse debidamente. La decisión deberá respetar este principio, estando suficientemente motivada y manteniendo siempre como guía el interés superior del menor.

⁹² En este artículo se regulan las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Añade el mismo que éstas podrán ser suspendidas temporalmente si así se desprende de beneficio para el menor.

⁹³ Habla de la obligación que existe por parte del Ministerio Fiscal de vigilar el ejercicio de la tutela de estos menores por parte de la Entidad Pública.

⁹⁴ Siguiendo lo dispuesto en el Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia número 21 “se consideran asimilados a los centros, a estos efectos, los pisos tutelados, hogares funcionales, mini residencias, etc., tanto de titularidad de la entidad pública como de centros colaboradores”.

⁹⁵ Ar. 21.1. m) LOPJM.

el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor”⁹⁶. Más concretamente, es el director del centro quien asume estos deberes de tutela, eso sí, siempre bajo la supervisión de la Administración a quien este atribuida la guarda, y además, como no podía ser de otra forma, vigilancia por parte del Ministerio Fiscal⁹⁷, que como ya sabemos, trata de velar siempre por que el interés superior del menor sea respetado.

La duración de este tipo de acogimiento debe ser la mínima indispensable, y debe estar orientada siempre a que el menor regrese a su familia de origen. Sin embargo, pueden darse casos en que el acogimiento se prolongue hasta que el niño o bien cumpla los 18 años o alcance la emancipación.

En la última reforma además, se añadió lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo, que dice como sigue:

“Todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública, debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la **Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado**. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio”

Por tanto, es obligatorio que los centros cumplan con esta exigencia de calidad. Así lo dispone la ley. Y, ¿Cuántos centros de protección de menores hay en España? Bueno, a fecha de 2018, hay constancia de que existen 1.104 centros de menores, de los cuales 812 están gestionados por entidades colaboradoras (la mayoría), siendo los 206 restantes de titularidad pública⁹⁸.

⁹⁶ Ar. 21.1. e) LOPJM.

⁹⁷ Por ejemplo, el apartado 5 del artículo 21 LOPJM dice “Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial”.

⁹⁸ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 24.

e) Situación general actual de los menores atendidos por el Sistema de Protección al Menor.

Para hacernos una idea de la situación actual con respecto a ambos acogimientos (familiar y residencial), sería interesante arrojar un poco de luz en cuanto al número de los mismos que se producen en España, de un tipo u otro.

En este sentido, la LOPJM y los distintos desarrollos normativos de las comunidades autónomas, así como la Convención de los Derechos del Niño establecen una obligación legal de recoger una estadística de todas estas medidas de protección de menores.

i. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia.

En este trabajo voy a comentar los datos recogidos por el Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia **número 21**⁹⁹, cuya información abarca desde **2014 hasta 2018**. Este Boletín es el más reciente, y aunque de momento se ponga de manifiesto su provisionalidad, los datos recopilados en él son los más actuales.

Tal y como aparece recogida en la parte de <<Datos estadísticos. Situación General>>, “en el año 2018 se ha producido un aumento del 5.2% en el total de niñas, niños y adolescentes atendidos, pasando de 47.493 en 2017 a 49.985 en 2018”¹⁰⁰.

Nos dice que han sido las tutelas legales y las guardas lo que ha provocado este ascenso pero, cabe preguntarse, ¿Qué es lo que ha crecido? ¿El número de niños en situación de desamparo, o la efectividad del sistema de protección al menor? La causa material del aumento no puede facilitárnosla la estadística, y esto es ya mi opinión personal. Creo que la realidad social es cambiante, y que para hacer de ella una realidad donde cada menor se encuentre protegido, debemos trabajar por mejorar el sistema que se encarga de ello, algo que pienso sí se está haciendo. Con cada reforma de la regulación legal, el legislador intenta ir un paso más allá a la hora de determinar qué medidas son las más adecuadas y eficaces. El legislador no puede hacer que haya menos niños desamparados, pero sí hacer que aquellos que lo estén vivan la mejor situación posible.

⁹⁹ Se trata de datos obtenidos en el Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia número 21. La fecha de actualización del mismo en la página web data del 13 de enero de 2020. La información está consultada a fecha 15 de enero de 2020.

http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/Boletin_provisional_Proteccion_21-Borrador.pdf

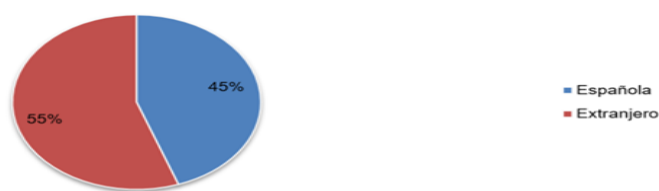
¹⁰⁰ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 18.

Respeto al número de acogimientos residenciales y familiares, el boletín nos dice que “El total de acogimientos residenciales a 31 de diciembre sufrió un fuerte incremento (de 17.527 en 2017 a 21.283 en 2018). Por otra parte, los acogimientos familiares han frenado la línea decreciente de años anteriores, pasando de 19.004 en 2017 a 19.545 en 2018; sin embargo, en términos absolutos, el acogimiento residencial ha superado al acogimiento familiar con 21.283 NNA frente a 19.545 NNA en acogimiento familiar”¹⁰¹. Es decir, a pesar de que como ya hemos visto el acogimiento residencial está contemplado como medida supletoria en la ley, estos acogimientos superan en número a los familiares. Considero que esto puede deberse a que los acogimientos residenciales se dan generalmente en menores de edades más avanzadas, y es más fácil que haya muchos y de poca duración, dando la sensación de que se utilizan más. Una vez el menor alcanza la mayoría de edad o la emancipación, se dan de baja. Sin embargo, los acogimientos familiares se inician en edades más tempranas, y suelen estar más orientados a una cierta estabilidad para el menor.

Voy a adentrarme un poco en cada uno de ellos.

Respecto al **acogimiento residencial**, cabe destacar que “Por primera vez, en acogimiento residencial, el cómputo total de NNA extranjeros, 55%, ha superado al de españoles, 45%. Sin embargo, en el caso de las niñas (4.402 españolas frente a 1.444 extranjeras), se mantiene la tendencia del año 2017. Como en años anteriores, las diferencias por sexo más notables se dan en el acogimiento residencial, con un claro predominio de los varones en los grupos etarios 11 – 14 y 15 – 17”¹⁰².

Gráfico 18. Acogimiento residencial por nacionalidad

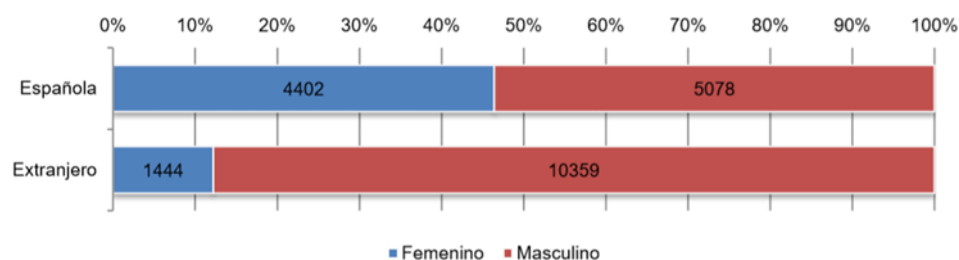


Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21.

¹⁰¹ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 18.

¹⁰² MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 18

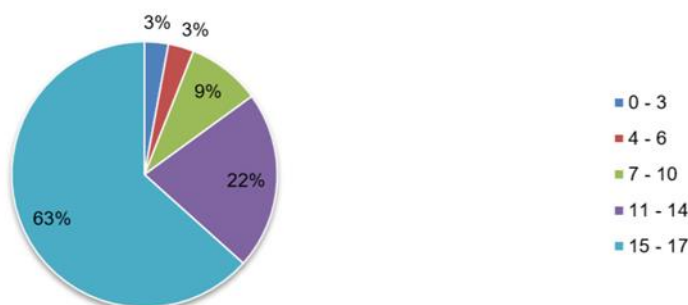
Gráfico 19. Acogimiento residencial por nacionalidad y sexo



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21.

Lo que más me llama la atención es la proporción de niños acogidos en estos centros siguiendo el criterio de la **edad**, la cual apoya el razonamiento anteriormente expuesto de que esta medida está enfocada a edades más avanzadas. El boletín afirma que “en la línea de años anteriores, la distribución por grupos de edad es claramente más elevada según aumenta la edad de los NNA con este tipo de medidas: a más edad mayor es el número de NNA ingresados en acogimiento residencial”¹⁰³

Gráfico 16. Acogimiento residencial por grupos de edad



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21.

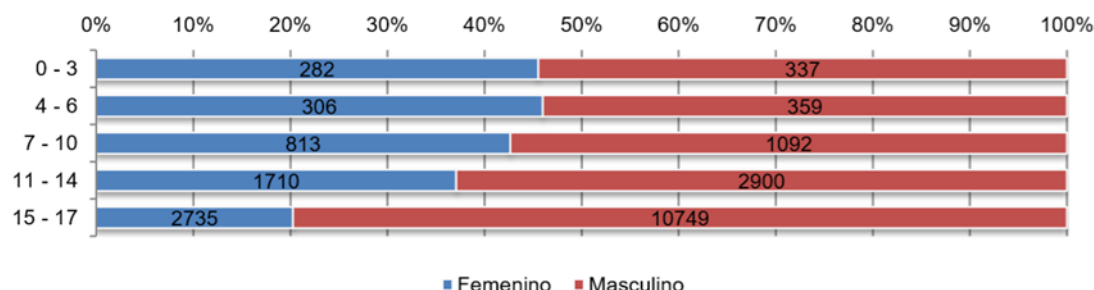
Como puede desprenderse de este gráfico, más de la mitad de estos niños se hallan en edades de entre 15 y 17 años.

También creo relevante destacar el desglose en función del **sexo**, a lo que la información recabada en este boletín expone que “se mantiene la predominancia del

¹⁰³ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 27.

número de varones en todos los grupos de edad y especialmente en el segmento 15 – 17”¹⁰⁴, y así lo observamos en la siguiente gráfica.

Gráfico 17. Acogimiento residencial por grupos de edad y sexo



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

Respecto a los **acogimientos familiares**, en otros apartados se señalaba la conveniencia del acogimiento en familia extensa frente al realizado en familia ajena, por el menor impacto para el menor y el **vínculo** ya existente con los acogedores. Es por ello que parece lógico pensar que el número de acogimientos de esta clase vaya a ser mayoritario. Efectivamente, así es, y así lo recoge el boletín estadístico “Como en años anteriores, se evidencia que la gran mayoría (64,30%) de los acogimientos familiares se realizan con familia extensa.”¹⁰⁵

Tabla 26. Evolución de los acogimientos familiares por tipo de familia

		2014	2015	2016	2017	2018
Extensa	Abs.	13.463	12.851	12.821	12.748	12.567
	Tasa	151,8	154,2	153,7	152,9	150,8
	%	70,42%	63,71%	65,28%	67,08%	64,30%
Ajena	Abs.	5.656	7.321	6.820	6.256	6.978
	Tasa	63,8	87,8	81,8	75,0	83,8
	%	29,58%	36,29%	34,72%	32,92%	35,70%
TOTAL	Abs.	19.119	20.172	19.641	19.004	19.545
	Tasa	215,6	242,0	235,5	227,9	234,6

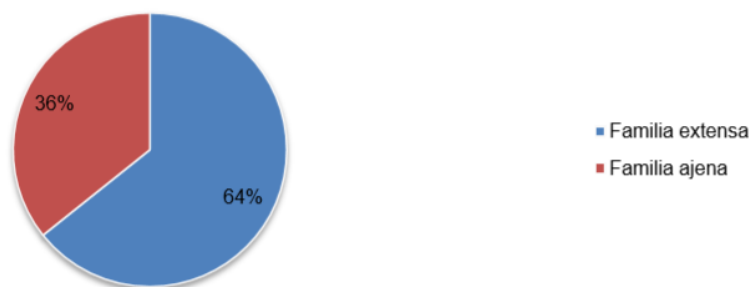
Tasa 1/100.000 personas menores de 18 años

Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

¹⁰⁴ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 27.

¹⁰⁵ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 42

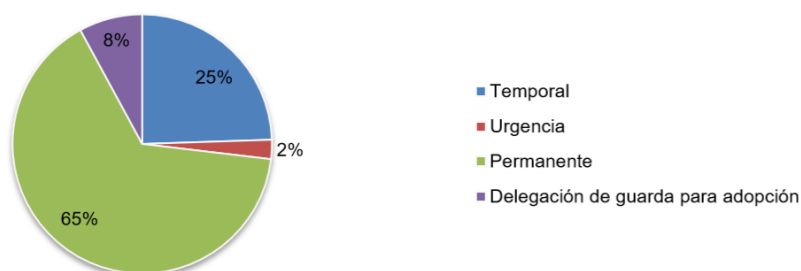
Gráfico 25. Acogimiento familiar por tipo de familia



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

Respecto al otro tipo de clasificación de los acogimientos familiares, el referido a la **duración e idoneidad**, cabe destacar que “En cuanto a modalidad, los acogimientos permanentes (12.745) son claramente mayoritarios frente a las otras modalidades”¹⁰⁶.

Gráfico 24. Acogimiento familiar por modalidad



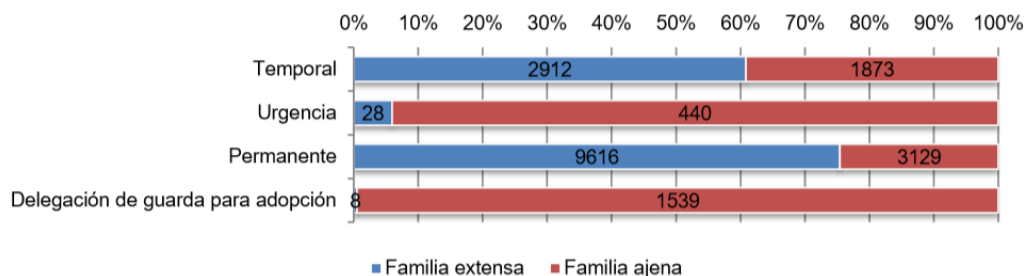
Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

Una vez dejado esto claro, me ha parecido muy curioso analizar la relación entre las dos clasificaciones. Es decir, de esos acogimientos temporales, permanentes, de urgencia, etc. ¿Cuáles de ellos se producen en familias extensas y cuales en familia ajena? Ya que no hay que olvidar que cada modalidad responde a una necesidad distinta, y por tanto es lógico que el mecanismo utilizado para para paliarlas lo sea a su vez. La respuesta a esta

¹⁰⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21. Datos 2018, Madrid, pág. 31.

pregunta no es otra que la que cabría esperar siguiendo un pensamiento lógico y de sentido común. Observemos el siguiente gráfico:

Gráfico 26. Acogimiento familiar por modalidad y tipo de familia

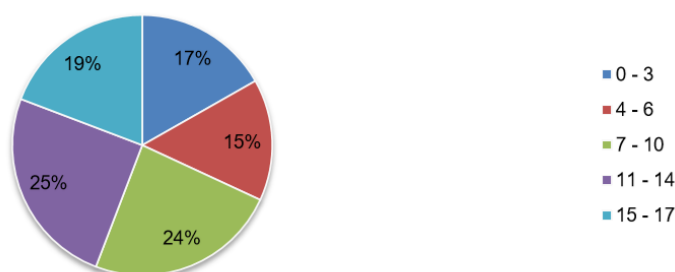


Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

Como puede apreciarse, cuando hablamos de acogimientos permanentes, vemos que se producen mayoritariamente en familia extensa, y por el contrario los acogimientos de urgencia, dado su carácter especial y derivado de una situación “extrema” suelen ser en más del 90% en familia ajena.

Por último, realizare un breve comentario al desglose por **edad** y **sexo** en estos acogimientos. Los datos arrojados no resultan tan llamativos como en los acogimientos residenciales, donde predominaban los menores de edades más avanzadas, y los varones. En este caso, tal y como se desprende los gráficos que adjunto a continuación, la cosa está más repartida, tanto en los grupos de edad como en los acogimientos de niños y niñas.

Gráfico 31. Acogimiento familiar por grupos de edad



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

Gráfico 29. NNA en acogimiento familiar por sexo



Fuente: Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín número 21

f) Procedimiento para la retirada de un menor.

Artículo 778 ter LEC. Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.

“1. **La Entidad Pública** deberá **solicitar al Juzgado de Primera Instancia** con competencia en el lugar donde radique su domicilio, **autorización para la entrada en domicilios** y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando ello sea necesario para la **ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor**. Cuando se trate de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.

2. La solicitud se iniciará por escrito en el que se harán constar, al menos, los siguientes extremos:

- a) La resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a la solicitud.
- b) El concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder, y la identidad del titular u ocupante del mismo y cuyo acceso requiera su consentimiento.
- c) La **justificación** de que se ha intentado recabar dicho consentimiento sin resultado o con resultado negativo. En el caso en el que ello no resulte procedente, se hará constar dicha circunstancia de manera razonada en el escrito de solicitud, sin que sea necesaria la aportación de la referida justificación.

d) La necesidad de dicha entrada para la ejecución de la resolución de la Entidad Pública.

3. **Presentada por la Entidad Pública la solicitud, el Secretario Judicial, en el mismo día, dará traslado de ella al titular u ocupante del domicilio o edificio para que en el plazo de las 24 horas siguientes alegue lo que a su derecho convenga exclusivamente sobre la procedencia de conceder la autorización.**

No obstante, cuando la Entidad Pública solicitante así lo pida de forma razonada y acredite que concurren **razones de urgencia** para acordar la entrada, bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor, o bien porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales, **el Juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata y, en todo caso en el plazo máximo de las 24 horas siguientes** a la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal. En el auto dictado se razonará por separado sobre la **conurrencia de los requisitos de la medida** y las **razones que han aconsejado acordarla sin oír al interesado.**

4. Presentado el escrito de alegaciones por el interesado o transcurrido el plazo sin hacerlo, el **Juez** acordará o denegará la entrada por auto en el plazo máximo de las **24 horas siguientes**, previo informe del Ministerio Fiscal, tras valorar la concurrencia de los extremos mencionados en el apartado 3 de este artículo, la competencia de la Entidad Pública para dictar el acto que se pretende ejecutar y la **legalidad, necesidad y proporcionalidad** de la entrada solicitada para alcanzar el fin perseguido con la medida de protección.

5. **En el auto en el que se autorice la entrada** se harán constar los **límites materiales y temporales** para la realización de la misma, que serán los estrictamente necesarios para la ejecución de la medida de protección.

6. El testimonio del auto en el que se autorice la entrada será entregado a la Entidad Pública solicitante para que proceda a realizarla. El auto será notificado sin dilación a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento y, de no haber intervenido o de no ser posible la notificación antes de la realización de la diligencia de entrada, el Secretario Judicial procederá a su notificación al practicar la diligencia.

7. Contra el auto en que se acuerde o deniegue la autorización, aun cuando se hubiera dictado sin previa audiencia del interesado, cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en el plazo de los tres días siguientes, contados desde la notificación del auto, al que se dará una tramitación preferente. Aun denegada la solicitud, la Entidad Pública podrá reproducir la misma si cambiaran las circunstancias existentes en el momento de la petición.

8. **La entrada en el domicilio será practicada por el Secretario Judicial¹⁰⁷** dentro de los límites establecidos, pudiendo auxiliarse de la fuerza pública, si fuera preciso, y siendo acompañado de la Entidad Pública solicitante. Finalizada la diligencia, se decretará el archivo del procedimiento.”

i. Comentario a un **caso concreto** y experiencia.

-Procedimiento Entrada a Domicilio nº 492/19, Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza-

Como punto final de este trabajo, me gustaría hablar de un caso concreto que viví en relación a dos menores que fueron declarados en desamparo, y retirados de su madre, además, por razón de urgencia, y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta es una de las medidas más duras que contempla la ley, y está pensada para situaciones especialmente graves, que requieren de una actuación firme y efectiva por parte de la Administración de Justicia. Concretamente, voy a centrarme en el apartado 3, párrafo segundo del referido artículo, que versa sobre las entradas por razón de “urgencia”, ya que es lo que ocurrió con estos niños.

Comenzare ubicando un poco el contexto en que se produjeron los hechos. Una vez que el informe de la DGA entra en el Juzgado, y dada la gravedad que se aprecia en el mismo, tanto el Letrado de la Administración de Justicia como la Magistrada deciden otorgarle el carácter de urgente, y fijan la fecha para que tenga lugar la misma mañana a las 9 de la mañana.

¹⁰⁷ Actuales Letrados de la Administración de Justicia.

En este caso, fue la Letrada de la CCAA de Aragón quien solicitó la autorización de entrada por parte de los Servicios Sociales de la Dirección Provincial de Zaragoza, Subdirección de Protección a la Infancia y Tutela al efecto de poder entrar en el domicilio de 2 menores, un niño de 2 años y una niña de 10 años de edad, en el que residen junto a su madre.

Se indica por la entidad solicitante en su escrito de petición que se tiene la sospecha de que los menores se encuentran en situación de grave riesgo por causa de haber detectado maltrato físico a estos por parte de la progenitora especialmente grave y continuada en el caso de la niña.

Atendidas las razones de urgencia expuestas por la Administración, y la posibilidad de quedar sin eficacia la ejecución del acto administrativo, y la afectación de un derecho fundamental, la juez no estima pertinente dar traslado previo a los progenitores de los menores, especialmente a la madre, ya que ello pudiera servir para ponerles sobre alerta y no poder localizar a aquellos manteniendo la situación de riesgo y de peligro para los mismos dados los hechos que motivan la intervención de la Administración¹⁰⁸.

Por lo tanto, la jueza dicta un auto autorizando la entrada que tendrá lugar al día siguiente. En la entrada están presentes cuatro miembros de la Fuerza Pública¹⁰⁹, dos miembros de ADCARA¹¹⁰, el Letrado de la Administración de Justicia y yo. Nos desplazamos hasta el domicilio que se indica en el auto de la Magistrada, y la policía llama a la puerta, abriendo la madre y pudiendo entrar sin que mediara oposición.

Una vez dentro de la casa, las trabajadoras de Servicios Sociales proceden a atender a los niños y mientras tanto el Letrado de la Administración de Justicia notifica la

¹⁰⁸ En el auto de la magistrada, nombra la STC 50/1995 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se reconoce la legitimidad constitucional de la entrada en el domicilio para el desarrollo del ejercicio que a la Administración le corresponde para la ejecución de los actos administrativos por la misma dictados, advirtiéndole a sí mismo que tal entrada debe tener para empezar, un sólido fundamento. Este fundamento es un requisito necesario, pero no suficiente en el plano constitucional, pues aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad. Dicho principio exige además una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales cuyo contenido esencial es intangible tal como es la inviolabilidad del domicilio. Según sigue destacando la STC 50/1995, este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone totalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 CE.

¹⁰⁹ Policía Nacional adscrita al Gobierno de Aragón, que es a la que le corresponde la protección de menores.

¹¹⁰ ADCARA; Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón. Es la fundación a quién la CCAA de Aragón encarga los asuntos de menores.

resolución dictada por la Magistrada a la progenitora, comunicándole que la custodia de los pequeños va a pasar ahora a la abuela materna, que van a proceder a llevárselos por su propio bien, y que deberá acudir al juzgado para alegar lo que estime oportuno.

También se encuentra presente el novio de la madre. En caso de que hubiera opuesto algún tipo de resistencia o causado algún problema, el auto de la Magistrada dice “Podrá asistirse la Administración de la Policía Nacional adscrita a la CCAA o de otra Fuerza Pública para la ejecución del acto administrativo, estando la misma facultada para la utilización de la fuerza siempre de forma proporcionada si ello fuera necesario”¹¹¹.

Los menores muestran un aspecto descuidado, especialmente la niña de 10 años presenta un estado físico de grave adelgazamiento, aparente fatiga y debilidad. Toda la situación es bastante violenta, reaccionando la progenitora ante la noticia de la retirada de los menores de manera bastante alterada, temblando, sollozando, e incluso llega a vomitar hasta en dos ocasiones. El Letrado de la Administración de Justicia levanta acta, y abandonamos el domicilio con los menores, dirigiéndonos ahora al domicilio de la abuela para entregárselos.

He seguido el “desenlace” de la historia de estos pequeños después de la retirada, y parece que los menores continúan bajo la tutela de su abuela. No ha habido nuevos procedimientos después de esto.

ii. **Opinión Letrado de la Administración de Justicia**¹¹².

A pesar de que todo el desarrollo del procedimiento de retirada de un menor se encuentra regulado de una forma muy clara y detallada en la ley, al final estamos hablando de un tipo de actuación muy delicada, donde entran en juego factores humanos, y situaciones difíciles de prever. No debemos olvidar que en esencia, lo que se está haciendo es retirar a un hijo de sus padres. Justificadamente, sí, pero es no quita

¹¹¹ La expresión o de otra Fuerza Pública, se incorpora por si fuere necesario recurrir a la Guardia Civil o Policía Local para colaborar en la entrada y la facultad de uso de la fuerza de forma proporcionada se refiere fundamentalmente al descerrajamiento de la cerradura o tirar la puerta abajo si fuere necesario, a la inmovilización y engrilletar o esposar si, en última instancia, hubiere que acudir a ello.

¹¹² En este apartado voy a comentar la opinión de José Antonio, así como la mía propia en relación a la suya. En el apartado de Anexo, al final del trabajo, aparece adjuntada de forma completa la entrevista que le realicé.

que la situación sea cuanto menos dura, y que requiera de un alto grado de profesionalidad y entereza por parte de aquellos que se encargan de llevarla a cabo.

Este aspecto más humano, más real, de esta clase de procedimientos me llama bastante la atención, y es por ello que he querido añadir como cierre del trabajo una reflexión por parte del Letrado de la Administración de Justicia que llevó a cabo esta entrada, José Antonio Laguardia Hernando, pues nadie mejor que aquellos profesionales del derecho, que viven la realidad jurídica día a día, y lidian con la aplicación de la ley en casos reales, para ilustrarme acerca de diversas cuestiones.

Charlamos a cerca del sistema de protección al menor en general, y también más concretamente acerca del procedimiento del art. 778 ter LEC.

Por lo que pude ver, la impresión general que suelen llevarse los Letrados de la Administración de Justicia a este respecto, o por lo menos José Antonio, es que el uso de esta vía es en ocasiones algo cuestionable.

No se deduce de sus palabras que sea utilizado en exceso, ya que cuando los Servicios Sociales lo solicitan, al final lo que están mirando es que prime el interés superior del menor, y si lo mejor para el niño es retirarlo de ese ambiente nocivo para él, es lo que se debe hacer. Sin embargo, puede que el procedimiento de urgencia si pudiera sustituirse en muchos casos por otro tipo de actuaciones. José Antonio comentaba por ejemplo que, en lugar de ir al domicilio, al punto de la mañana, y generar esa situación incomoda, traumática y bastante tensa para los niños y los progenitores, una alternativa viable sería que la retirada pudiera producirse en el colegio, contando con la colaboración de los docentes y del director del centro. Esta supondría una manera mucho más sencilla, menos dramática, e igualmente efectiva para el fin perseguido, que es retirar a los menores. Aunque claro, la colaboración de los colegios para esta clase de supuestos no siempre es fácil, ya que el colegio se “expone” de alguna manera al participar de la actuación, y prefieren normalmente quedarse un poco más al margen. Imaginemos que un colegio colabora con los Servicios Sociales para que los menores sean retirados en sus instalaciones, sin comunicarle nada a los padres, tal y como establece el procedimiento de urgencia para evitar que éstos se los lleven y la retirada resulte fallida. Más tarde, cuando los progenitores se enteran de lo que ha ocurrido, pueden tomar represalias contra el colegio, a pesar de que éste no tenga nada que ver

con la decisión del juez, e incluso llegar a amenazar, o usar la violencia. Por tanto, es un poco más delicado de lo que parece.

Además, otro punto en el que José Antonio ha incidido bastante, es en el hecho de que muchas veces, si la atención, si el esfuerzo de la Administración de Justicia y de los Servicios Sociales se pusiera más en ayudar a los padres, en proporcionarles más recursos, más apoyo, para sacar adelante a sus hijos, esta tipo de procedimientos resultarían innecesarios y podrían fácilmente evitarse, lo que al final redunda en un beneficio incuestionable para el menor. En esto estoy muy de acuerdo con él. Hay caos en que los hijos quieren quedarse con sus padres. Tienen una buena relación con ellos, están a gusto, y los padres en realidad si quieren hacerse cargo de ellos, y de hecho lo hacen lo mejor que pueden. ¿Qué pasa? Que eso son casos en que la causa que motiva la necesidad de la retirada es económica, o de adicción a alcohol o drogas. Esos ejemplos creo que deberían ser solucionados, no quitando a los menores (sin perjuicio de lo que ya sabemos, que en el plazo de 2 años pueden recuperarlos si mejoran su situación), sino facilitar a los padres los medios materiales para que traten su problema o puedan sufragar más desahogadamente los gastos que conlleva la crianza de un menor.

Y por último, otro de los problemas que hemos comentado existe en el sistema de Protección al Menor, es la falta de armonización entre las comunidades autónomas y el estado para detectar situaciones de riesgo o de desamparo. Está bien que exista una cierta descentralización en cuanto a este tema, para llegar más rápido y más a fondo a los problemas de los menores en las distintas comunidades autónomas, pero hasta cierto punto. José Antonio comentaba que a veces esta excesiva dispersión en las legislaciones autonómicas, al final lo que hace es perjudicar a los menores, y obstaculizar la detección de situaciones de riesgo o desamparo.

g) Conclusiones.

No quiero extender mucho en este apartado, sino únicamente comentar aquellos aspectos que me han parecido importantes, y que creo conviene reflexionar sobre ellos.

PRIMERA.

Es más importante que nunca proteger el interés superior de los menores, y recordar que no son objetos, sino sujetos de derecho. Parece que a día de hoy, hay algunas personas que aun ponen en duda esa verdad innegable, apoyada por multitud de textos legales, tanto nacionales como internacionales. Incluso dentro del espectro político de nuestro país se está cuestionando peligrosamente. El Estado cumple una doble función, junto con la familia, de garante de su bienestar, supliendo a la misma en aquellos casos en que el menor así lo necesite.

SEGUNDA.

Me gustaría recalcar en este apartado de conclusiones la figura del acogimiento familiar y su gran papel dentro de nuestra sociedad, ya que refleja claramente el carácter solidario y protector del sistema. Dentro de la situación delicada y dura que viven dichos menores, a través de la figura del acogimiento, creo que se les da la mejor alternativa para que puedan desarrollarse y vivir una vida plena y feliz. Me parece todo un acierto el predominio que la ley le otorga respecto al acogimiento residencial, y por encima de todo en los niños de edades muy bajas.

TERCERA.

Sin embargo, y así se ha puesto de manifiesto, queda mucho trabajo por hacer, y mucho esfuerzo que poner en que el sistema funcione mejor. Hablando con José Antonio, he podido ver también esa parte del problema, y acercarme un poco más a la realidad en los juzgados, al día a día respecto a la aplicación de todas estas medidas. Desgraciadamente, se necesitan más medios, materiales y humanos, para que la protección de los menores sea eficaz y real. Aquí ya entramos en temas políticos, que se salen un poco de la perspectiva jurídica, aunque no debemos olvidar que ambas van relacionadas. Creo que si se proporcionaran más medios a la Administración, y a su vez existiera una armonización entre el Estado central y las comunidades autónomas,

podríamos lograr que un sistema de protección al menor como es el nuestro pasara de ser bueno a ser estupendo.

CUARTA.

Respecto a los distintos grados de desprotección del menor, en función de la mayor o menor gravedad de su situación, ha habido un aspecto que me ha llamado la atención. Ya he comentado en este trabajo, que la necesidad de separar al niño de su núcleo familiar, es uno de los factores clave que diferencian la situación de riesgo de la situación de desamparo. Sin embargo, existe un punto en común entre ambas, y es que aunque parece que solo cuando hay una declaración de desamparo el menor es separado de su familia originaria, esto no es del todo cierto. Hay ocasiones en que una situación de riesgo puede conllevar la separación de sus padres. Si bien, existe una diferencia respecto al desamparo, ya que es cierto que este caso solo podría darse si fueran los mismos padres quien, de forma voluntaria, solicitaran a la Entidad Pública correspondiente que asumiera la guarda del menor. Por tanto, ahí está el quid de la cuestión, la voluntariedad de la medida, frente a la separación en contra de su voluntad en la situación de desamparo. He creído conveniente destacar esto como una de las conclusiones, precisamente para poner de manifiesto que la línea que separa una situación de otra, a veces se desdibuja. En ocasiones, no es tan claro el límite entre ellas, no todo es blanco o negro, sino que, como la vida misma, tiene mil matices.

QUINTA.

Otro de los puntos que me gustaría destacar es el carácter administrativo del procedimiento de declaración del desamparo. No es un procedimiento civil, sino administrativo. Y esto, ¿qué significa? Lo que implica es que el procedimiento en sí, va a ser siempre un poco más “automático”, más estandarizado, y por lo tanto aquí sí que pueden surgir problemas, en cuanto a que ciertos derechos de los menores, o de los padres afectados se vean lesionados por aplicarse de manera excesivamente rígida o despersonalizada. Sabemos que existe un control judicial, pero éste se produce a posteriori. Yo me pregunto, ¿no sería quizá más conveniente, más garantista, que ese control tuviera lugar antes? Si bien es cierto que contamos como máximo defensor de los derechos de los menores, y fiel protector de su bienestar, al Ministerio Fiscal, a quien se le debe dar traslado de todo lo relacionado con los más pequeños, y que va a

buscar siempre la defensa de su interés superior. Creo que al final, en última instancia los derechos de los menores y de los padres están protegidos, o al menos esa es la idea, pero no viene mal pararse a reflexionar acerca de la naturaleza del procedimiento, y preguntarnos si es todo lo garante con estos derechos como debería.

SEXTA.

Como último apunte a realizar, voy a mencionar la acción de revocación de la situación de desamparo que tienen los progenitores para recuperar a sus hijos, y cuyo plazo de validez es de dos años.

Dos años, en los que, si no mejoran su situación, pierden todo el derecho a alegar nada con respecto a los que siguen siendo sus hijos biológicos. Es bastante duro, e incluso puede parecer desproporcionado. ¿Está este plazo atentando contra los derechos de los progenitores? ¿Qué pasaría si, en, digamos, cuatro años, esos padres dieran un giro a su vida, y quisieran recuperar a los menores? No podrían hacer nada al respecto. ¿O sí?

Es verdad que sus derechos se habrían visto claramente reducidos, pues la acción de revocación ya no podría ejercitarse. Sin embargo, nada les impide informar al Ministerio Fiscal sobre su estado actual, su situación económica, personal, y proporcionarle todos los datos necesarios para que quede fehacientemente demostrado que han recuperado la capacidad de hacerse cargo de ese pequeño. En esos casos, el Ministerio Fiscal podría decidir, si así lo entiende conveniente para los menores, que éstos regresaran a la familia de origen.

Es algo bastante delicado. Puede decidirlo, si lo tiene a bien, si, pero también puede no decidirlo, en cuyo caso nada podrán decir los padres, y esos niños no regresarían a su núcleo familiar originario, por mucho que los progenitores lo quisieran. Todo el “poder” estará en manos del Ministerio Fiscal.

Creo que nuestro sistema está diseñado para proteger al menor, y todas las decisiones que se tomen van a estar siempre enfocadas en garantizar su máximo bienestar. Es verdad que aquí los derechos de los padres se pierden a los dos años, pero hay que confiar en que a pesar de que esa acción haya caducado, si es bueno que en algún momento en el futuro ese menor vuelva con sus padres, el Ministerio Fiscal así lo verá, y actuara en consecuencia. Si por los motivos que fueren, no repercutiera en beneficio

para el menor, éste interés superior quedara por encima del deseo de los padres a recuperar al niño.

Por tanto, la conclusión que saco es que los derechos de los padres no se ven afectados, pues existe un cauce legal para que si es lo mejor en el futuro desarrollo del menor, se produzca una reunificación familiar, pero siempre poniendo por delante el bienestar del menor.

h) Bibliografía utilizada.

→ LEGISLACIÓN

Nivel estatal:

- Constitución española.
- Código Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Nivel autonómico:

- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón
- Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

Nivel internacional:

- Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
- Declaración de los Derechos del Niño
- Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de setiembre de 1990.
- Child Welfare League of America (CWLA)

→ **LIBROS Y ARTÍCULOS JURÍDICOS**

- ALLUEVA AZNAR, L.: *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de los menores. A propósito de la Ley 14/2010, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia*. InDret, octubre 2011.
- BALLESTEROS DE LOS RIOS, M.: Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, C.C.J.C, 2010.
- BARBER CÁRCAMO, R.: *La subversión constitucional del acogimiento de menores*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº17, 2002.
- BENAVENTE MOREDA, P.: *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº15, 2011.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*. Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: La guarda y el acogimiento de menores. Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. “La revitalización de la guarda de hecho tras la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la

- infancia y la adolescencia” (I) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 757, 2016.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. “La revitalización de la guarda de hecho tras la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia” (y II) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 758, 2016.
 - BERROCAL LANZAROT, A. I. “(La guarda de hecho) Hay derecho. Por una conciencia cívica” en www.fundaciónquerer.org 5 de mayo de 2017.
 - CAPARRÓS, N Y JIMENEZ, I.: *El Acogimiento Familiar. Aspectos Jurídicos y Sociales*. Madrid: Rialp, 2001.
 - CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000. Ref. D-255, tomo 7, Editorial La Ley 22501/2001.
 - CARRASCO PERERA, A.: *Desamparados*. Actualidad Jurídica, Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.
 - DE ESTEBAN, JORGE; LOPEZ GUERRA, L., “El Régimen Constitucional Español”, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
 - DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés*; “Diario de Ley”, nº5, Sección Documento on-line, de 24 de julio de 2015. Ref. D-301.
 - DE PABLO CONTRERAS, P. “Capítulo 45: Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados” (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento), en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales, II (2ª edición), Madrid, 2017.
 - DE PALMA DEL TESO, Á., “Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados”, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2006.
 - DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción*. Revista doctrinal Aranzadi civil-Mercantil núm. 5/2014, parte comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2014.

- DÍEZ GARCÍA, H.: *Comentario al artículo 172 CC, en Comentarios al Código Civil*. Tirant Lo Banch, 2013.
- FERRAJOLI, L. “Derechos y garantías: la ley del más débil”, Trotta, Madrid, 1999.
- GARCÍA PASTOR, M.: *Jurisprudencia Civil Comentada*. Código Civil, tomo I, segunda edición, Miguel Pasquau Liaño, dir., Artículo 172. Comares, 2009.
- LOPEZ AZCONA, A.: La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III.
- LOPEZ AZCONA, A.: *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2016.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ RUANO, P., «La capacidad iusfundamental del menor» en *Políticas Jurídicas para el menor*, Granada, 2010.
- MAYOR DEL HOYO, M^a V., en *Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de lege refrenda*. Revista de Derecho Civil Aragonés, nº19, 2013.
- MAYOR DEL HOYO, M^a V.: *Código Civil Comentado*. Volumen I. Editorial Aranzadi S.A. 2011.
- MAYORAL NARROS, I.V., FRÍAS FIEL, T., RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*. Capítulo IV: el acogimiento residencial. Madrid, 2007.
- MONTÓN GARCIA, M. “Derechos y garantías de los menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.

- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia, Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015.
- MORENO TORRES, J.; EZQUERRA, J.; JIMENEZ, S.: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*. Dykinson, S.L, 2007. Capítulo II: La situación de desamparo.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: *Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme*; “Diario la ley”, nº 8342, Sección Tribuna, 27 de junio de 2014, Ref. D-214.
- ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio*; Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil núm. 9/2016, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2016.
- PARRA LUCÁN, M. A. “Capítulo 43: Instituciones de guarda (1). La tutela”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.
- PARRA LUCÁN, M. A. “Capítulo 44: Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Capítulo 16: La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Capítulo 17: El sistema público de protección de menores e incapaces” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Comentario al artículo 172 del Código Civil. Código Civil Comentado. Aranzadi*.

- PÉREZ MONGE, M. “Capítulo V de la guarda de hecho”, Código Civil comentado vol. 1, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- PICONTO NOVALES, T. “La protección de la infancia (Aspectos sociales y jurídicos)”, Egido Editorial, Zaragoza, 1996 («Colección Egido Universidad», núm. 5).
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2016 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B.: *El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de ley de protección de la infancia*. Revista de Derecho Civil, nº4, 2014.
- SANTOS URBANEJA, F. *La Guarda de Hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, 2017.
- SANCHO REBULLIDA, F de Asís, “Capítulo X: La Patria Potestad”, en *Elementos de Derecho Civil*, Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010.
- SANCHO REBULLIDA, F de Asís, “Capítulo XI: La guarda de los menores e incapacitados”, en *Elementos de Derecho Civil*, Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. Los menores en protección, Grupo Difusión. Madrid, 2007.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Código Civil Comentado”, vLex Libros., 2016.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. “Capítulo 42: La Patria Potestad”, en Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales, II (2ª edición), Madrid, 2017.

→ **OTROS**

- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, **Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia**. Boletín número 21. Datos 2018

- Página web de la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar;
<https://www.aseaf.org/qu%C3%A9-es-el-acogimiento-familiar/el-acogimiento-familiar/>.
- Página web del Instituto Aragonés de Servicios Sociales; www.aragon.es/ias

4. ANEXO.

a) **Entrevista a José Antonio Laguardia Hernando.**

Incluyo a continuación de forma íntegra la entrevista que realicé a José Antonio Laguardia Hernando, Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado nº 16 de 1º Instancia de Zaragoza.

En sentido general:

- **¿Cree que el sistema de protección de menores actual de España es suficientemente eficaz?**

Se ha avanzado bastante, pero creo que faltan medios.

- **De responder en sentido negativo, ¿Cuáles cree que son los principales problemas que presenta?**

Falta de mecanismos para detectar situaciones de riesgo y desamparo, dado que sigue habiendo muchos menores de etnias más desfavorecidas sin escolarizar,

Falta de armonización entre las comunidades autónomas y el estado para detectarlas

Fracaso a la hora de dotar de unidad al sistema mediante una normativa autonómica dispersa y una legislación estatal subsidiaria

Falta de previsión de supuestos no tasados de riesgo y desamparo en las Comunidades Autónomas.

Estas preguntas a nivel general te las puede contestar mejor una psicóloga del gabinete. Pero, a rasgos generales creo que todos los problemas anteriormente mencionados son reales, porque al final todo se reduce a medios materiales y personales y a la existencia, por desgracia de normativa estatal y autonómica, en muchas ocasiones no coincidente.

También te digo que cada Administración te daría una respuesta, pues no existe una coordinación que determine unas normas de actuación y a nivel autonómico hay intervenciones muy distintas según se trate de unos casos u otros.

Artículo 778 ter LEC:

Como Letrado de la Administración de Justicia, y por tanto parte activa en la realización de entradas en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores,

- **¿Cuál es la parte más difícil de este tipo de procedimientos?, ¿Son muy habituales las entradas por razón de urgencia?**

Lo primero que tengo que decir, por mi experiencia, es que se abusa mucho de esta medida urgente. Si vemos la redacción del artículo 778 ter, el mismo es muy claro, el LAJ cita a las partes a una comparecencia en el Juzgado donde se les va a encaminar a la colaboración con la CCAA que ostenta la tutela del menor, sin embargo, los servicios sociales recurren a la vía de urgencia cuando la situación no es realmente urgente (debemos de tener en cuenta que estamos violando un domicilio protegido por la propia CE).

En muchas ocasiones, resulta que el menor va al colegio, pudiendo realizarse la medida allí evitando la presencia de la Policía que siempre intimida y el duro golpe que supone a los padres ese momento de tensión. Otras veces, el desamparo es por falta de medios de los padres, y aquí habría que plantearse ayudarles de algún modo antes de quitarles a los hijos.

Es verdad que el fondo subyace la idea de que esos menores si al final pasan al trámite de adopción van a tener una oportunidad que de otro modo a lo mejor no tendrán.

Hay que tener la cabeza muy bien amueblada y mucha templanza dado que se viven momentos de tensión, lógicos por la situación, y debemos de ponernos en la situación de esos padres a los que se les están llevando a sus hijos y ante todo debe primar el diálogo y pedirles que acudan a las visitas y colabores con los servicios sociales para poder recuperar a sus hijos.

- **¿Cree que se llevan a cabo de forma excesiva, o por el contrario deberían producirse más a menudo?**

Debe ser el último remedio que tiene la administración y creo que se podía evitar muchas con más medios. Nadie tiene culpa de haber nacido en un ambiente de pobreza y sin medios.

- **¿Cree que en el procedimiento 429/19 era necesaria dicha entrada, o hubiera actuado usted de otra forma?**

Cómo pudiste observar el día de la entrada, la madre no estaba en condiciones de cuidar de esos menores, eran demasiado pequeños, y la casa estaba hecha una pena, ahora bien ¿era necesaria la entrada?, pues mira, yo creo que en este caso se podía haber retirado a la niña en el colegio, pero como el niño era muy pequeño, creo que la entrada si era necesaria, dado que de otro modo si la madre se hubiese dado cuenta no sé hasta qué punto hubiesen colaborado o intentado ocultar al pequeño.

En estos supuestos de madres enganchadas a drogas, sustancias psicotrópicas o supuestos de coeficientes intelectuales muy bajos o mermados por los consumos hay que prevenir siempre porque nunca sabes la reacción que pueden tener los progenitores, por tanto, en mi opinión fue acertado pedir la entrada por la vía urgente.

- **¿Ha habido alguna ocasión en su carrera profesional la que a su parecer una entrada haya ido en contra del interés superior del menor? ¿Cree que podría existir una manera alternativa de actuar en este tipo de situaciones?**

En una ocasión los niños se abrazaban a la madre no queriendo despegarse de la misma, se les veía aseados, estaban escolarizados y la casa estaba ordenada y limpia. La causa por la cual se pidió es porque la madre tenía 32 años y 4 hijos de 4 parejas distintas. Tenía un coeficiente intelectual bajo y convivía con una pareja que tenía una orden de alejamiento de la misma, dictada por un Juzgado de violencia de la mujer. El piso lo habían obtenido por medio de la ocupación y se consideró que no era el medio adecuado para los menores.

Yo creo que este es uno de los supuestos en los que esa madre con ayuda podría haber estado con sus hijos porque la adoraban. Pienso que retirar a los menores no era la

mejor solución, y en este caso, en mi opinión iba contra el interés de los mismos, ahora bien, la convivencia con el violento no facilitaba las cosas.

- **¿Cree que los derechos de los niños se ven suficientemente protegidos? ¿Y los de los padres?**

Es muy difícil poder responder a esta pregunta. Creo que si la administración, teniendo tutelados a los menores, recurre a esta vía, es porque los servicios sociales, después de un completo y exhaustivo seguimiento, dan la voz de alarma y se pide la autorización judicial, considerando que la situación de los menores es de riesgo.

En cuanto a los derechos de los padres, creo que sí, primero porque se les informa del procedimiento, segundo porque se les deja visitar a sus hijos, por tanto, no pierden la relación con ellos y tercero porque se les da la oportunidad de colaborar y trabajar con los equipos para poder recuperarlos. A pesar de ello, te asombraría saber la cantidad de padres que se desentienden por completo y la CCAA tiene que recurrir al acogimiento pre-adoptivo o la adopción de esos niños.

